Pfandbestellung für fremde Schuld und Bürgschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät

der Kaiser-Wilhelms-Universität zu Straßburg i. E.

vorgelegt von

Gottlieb Thiel

Referendar.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Straßburg i. E.

Druck von M. DuMont Schauberg

1916.

Berichterstatter: Professor Dr. Kisch.

Vater und Mutter

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548024_0024

Disposition.

Seite.

Einleitung: Rechtfertigung des Themas 11

Hauptteil.

§ 1: Allgemein-begrifflicher Vergleich 13
A. Die Pfandbestellung 13
I. Ihre elementare Struktur 15
II. Ihre Eigenschaft als dinglicher Vertrag . . . 15
III. Sie belastet ein bestimmtes Vermögensobjekt 17
IV. Sie begründet nur eine Haftung 18
V. Sie schafft ein akzessorisches Recht 22
B. Die Bürgschaft 28
I. Ihre elementare Struktur 28
II. Ihre Eigenschaft als schuldrechtlicher Vertrag 28
III. Sie belastet eine bestimmte Person 29
IV. Sie begründet Schuld und Haftung 30
V. Sie schafft ein akzessorisches Recht 36

§ 2: Die Formen der Pfandbestellung, verglichen mit der Form der Bürgschaft 38
I. Die Pfandbestellung 38
II. Der Bürgschaftsvertrag 40

§ 3: Die sich aus Pfandbestellung und Bürgschaft ergebenden persönlichen Beziehungen zwischen Pfandbesteller und Bürgen einerseits und dem Gläubiger anderseits 43
I. Umfang der Haftung bezw. Verpflichtung 45
II. Die Einreden 49

§ 4: Die Beziehungen des Pfandbestellers bezw. Bürgen zum persönlichen bezw. Hauptschuldner 53

§ 5: Mehrere Verpfänder, mehrere Bürgen 101

§ 6: Beendigung der Wirkungen von Pfandbestellung und Bürgschaft 108

Schluß: Feststellung des Endergebnisses; seine praktische Verwertung im Gesetz. Das Verhältnis zwischen Drittverpfänder und Bürgen 114

Literaturübersicht.

Abrahamsohn: Die rechtliche Stellung des Bürgen und Drittverpfänders auf Grund der Einlösungszahlung (Diss.) 1905.

Bendix: Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen, im Archiv für bürgerliches Recht, Band 25 S. 84 ff.

BGB.: Kommentar von Reichsgerichtsräten 1910.

Biermann: Das Sachenrecht des BGB. 1903. (Siehe auch unter Staudinger!)

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II 1913.

Crome: System des bürgerlichen Rechts II 1902, III 1905.

Dähne: Der Rückgriff des Bürgen und dritten Pfandeigentümers gegen den Hauptschuldner und der Rückgriff zwischen Bürgen und dritten Pfandeigentümern untereinander nach dem bürgerlichen Gesetzbuch (Diss.) 1907.

Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht 1897.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens I 1902, II 1899/1901, III 1898.

—: System des römischen Rechtes, 8. Aufl., bearbeitet von Sokolowski 1911.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 1903, II 1905.

Enneccerus: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 1911.

—: Recht der Schuldverhältnisse 1912.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Erlanger: Die Stellung des Bürgen im Konkurs (Diss.) 1911.

Erlinghagen: Der Rückgriff des Bürgen auf den Schuldner im Konkursfalle des letzteren (Diss.) 1902.

Evers: Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern (Diss.) 1911.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 1912.

Förster: Die Ausgleichung unter Mitbürgen und Dritteigentümern nach §§ 774, 1225, 1249, 1143 BGB. (Diss.) 1908.
Freudenthal: Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz 1910.
Fuchs: Grundbuchrecht 1902.
Fuchs (Richard): Die Einlösungszahlung des Grundstücks- oder Mobiliardrittverpfänders auf eine durch selbstschuldnerische Bürgschaft gesicherte Schuld unter besonderer Berücksichtigung des § 1178 I BGB. (Diss.) 1913.
Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht 1850.
Gierke: Deutsches Privatrecht II 1905.
Goering: Die Schutzmittel des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem Recht des BGB. (Diss.) 1910.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Band 47, 48, 49, 50.
Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines BGB. für das deutsche Reich 1895.
Hartmann: Die Obligation. 1875.
Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts 1870.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht; Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, 1900.
—: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 1903/1908.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts 1912.
Isay: Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht (Iherings Jahrbücher Band 48 S. 186 ff.).
Jaeger: Kommentar zu Konkursordnung und Einführungsgesetzen, 5. Aufl., 1914.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre 1903.
—: Vorlesung über Sachenrecht, 9. Buch (gedruckt).
Koban: Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte 1904.
Kremer: Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld 1902.
Kretzschmar: Sachenrecht 1906.
Kuhlenbeck: Das bürgerliche Gesetzbuch 1903.
Langheineken: Anspruch und Einrede 1903.
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Band I 1912.
Lippmann: Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Band 51 S. 180 ff.

Maenner: Das Sachenrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch 1906.
Marcus: Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach BGB., Recht 1902, S. 456.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 1899.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Band 2 u. 3.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 1910.
Planck: Kommentar zum BGB. Band II 1907; Band III 1902.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, II u. III.
Pulvermann: Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger (Diss.) 1903.
Puntschart: Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur 1900.
Reichel: Die Schuldmitübernahme 1909.
Schultz (Erwin): Die Pfandansprüche nach § 1227 des BGB. für das deutsche Reich 1903.
Schultz (Karl): Begriff und Umfang der Bürgenhaftung (Diss.) 1912.
Schulz (Fritz): Rückgriff und Weitergriff 1907.
von Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899.
Sellner: Zur Auslegung des § 1225 des BGB., das „Recht" 1904 S. 477 ff.
Seyfferth: Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger (Diss.) 1905.
Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, Iherings Jahrbuch Band 50.
—: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht 1903.
Sohm: Lehre vom subpignus 1864.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
von Staudinger: Kommentar zum BGB. II 1912, III 1912 (bearbeitet von Kober), 1914 (bearbeitet von Biermann).
Stephan: Über die Bürgschaft für nicht auf Geld gerichtete Verbindlichkeiten 1909.
Strohal: „Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB.", in der deutschen Juristenzeitung 1903, S. 373 ff.
Tacken: Der Ausgleichungsanspruch unter Mitbürgen (Diss.) 1907.

von Tuhr: Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 25.
—: Allgemeiner Teil des BGB. I 1910.
—: Actio de in rem verso 1895.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen 1906.
Vetter: Die Bürgschaft für eine Forderung, für welche dem Gläubiger vom Hauptschuldner die Bestellung einer Hypothek versprochen ist (Diss.) 1898.
Wandel: Das Verhältnis von Bürgen und Drittverpfändern untereinander, falls einer den Gläubiger befriedigt (Diss.) 1909.
Wendt: Das bedingte Forderungsrecht 1873.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt (Diss.) 1907.
—: Bürgschaft und Schuldbeitritt 1908, Heft 33 der „Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien", veröffentlicht von Ebering (zitiert als Westerkamp II).
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Band I, II 1906.
Wittenberg: Das beneficium cedendarum actionum des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners (Diss.) 1913.
Wolff: Das Sachenrecht 1913.

Einleitung: Rechtfertigung des Themas.

Die vorliegende Arbeit bezweckt die Durchführung eines Vergleichs der Pfandbestellung für fremde Schuld mit der Bürgschaft, mit anderen Worten: wir stellen es uns zur Aufgabe, durch die Gegenüberstellung der beiden Vertragstypen einmal ihre Ähnlichkeiten herauszufinden, zum andern die Merkmale zu konstatieren, die jedem sein besonderes Gepräge verleihen.

Wie sich nun jede wissenschaftliche Untersuchung rechtfertigen läßt, so kann man auch Grund und Zweck unserer Arbeit unschwer dartun. Der Grund eines Vergleiches der Pfandbestellung mit der Bürgschaft ist darin zu erblicken, daß wir es in ihnen mit den beiden Hauptsicherungsmitteln gegen die Zahlungsunfähigkeit zu tun haben; beide erstreben dasselbe Ziel, den Anforderungen gerecht zu werden, die eine entwickelte Kreditwirtschaft an das Rechtsleben stellt: dem Kreditgeber Garantien für die Wiedererlangung der kreditierten Werte zu geben und somit die Gefahren zu verringern, welche die heutige Wirtschaftsform mit sich bringt.

Die Garantien nun, die den Gläubiger schützen sollen, kann man in zwei Hauptgruppen teilen:

1. Reale Garantien.
2. Persönliche Garantien.

In jeder dieser Gruppen ragt ein Sicherungsmittel hervor, in der ersten das Pfandrecht, in der zweiten die Bürgschaft, also gerade die Rechtsgebilde, die wir miteinander vergleichen wollen.

Der Grund eines Vergleichs zwischen Pfandbestellung und Bürgschaft ist somit klar, er liegt in dem gemeinsamen Ziele der beiden Institute, den Kredit zu fördern und zu stärken; der Zweck des Vergleichs ist einmal ein unmittelbarer, erkenntniskritischer, insofern als er uns ein genaues Bild der Gleichartigkeiten und Eigenartigkeiten von Pfand und Bürgschaft entwerfen soll — die vorhandenen Arbeiten pflegen bei der Betrachtung der beiden Interzessionsformen recht summarisch zu verfahren —, zum zweiten ein mittelbarer, der sich in der Bedeutung des Vergleiches für die Lösung von Streitfragen in solchen Fällen manifestiert, wo pfandrechtliche und bürgschaftsrechtliche Grundsätze disharmonieren.

Einen Vergleich also wollen wir bieten. Bei Vergleichen aber pflegen die Unterschiede ungleich mehr zu interessieren als die Ähnlichkeiten, was sich daraus erklärt, daß mit der Feststellung der letzteren zugleich festgestellt ist, daß die Gegenüberstellung selbst insoweit Probleme nicht bietet. Tiefere Untersuchungen sind daher bei Vergleichen nur dann angebracht, wenn sich ergibt, daß eine Übereinstimmung nicht vorliegt, denn hier stellt sich sofort die Frage ein, wie weit der Unterschied reicht, welche rechtspolitischen Erwägungen ihm zugrunde liegen, welche praktischen Folgen er zeitigt und dergleichen mehr.

Wenn wir aber auch bei unserer Abhandlung grundsätzlich nach dieser Erwägung verfahren, so soll uns das nicht hindern, falls wir auf unserem Wege einer interessanten Frage begegnen, deren Lösung für Pfandrecht und Bürgschaftsrecht in den gleichen Linien verläuft, diese Frage aufzugreifen und einer näheren Erörterung zu unterziehen.

§ 1. Allgemein-begrifflicher Vergleich.

A. Die Pfandbestellung.

Mit einer Kennzeichnung der Pfandbestellung als Vertrag, durch den ein Pfandrecht begründet wird, ist uns, da sie nur eine Nominaldefinition darstellt, wenig gedient, wir schicken sie indessen voraus, um an der Hand des gleich zu entwickelnden Begriffs des Pfandrechts eine Realdefinition zu bringen. Diesen Umweg müssen wir beschreiten, weil der Pfandrechtsbegriff seinem Umfang nach verschieden bestimmt werden kann. Die weiteste Definition ist die des Pfandrechts im weiteren Sinne, wie sie z. B. Dernburg in seinen Pandekten gibt[1]). Danach ist das Pfandrecht ein unwandelbares Recht an einem Vermögensobjekte, aus welchem man im Falle nicht rechtzeitiger Abzahlung einer Forderung Befriedigung entnehmen kann. Die Form dieses unwandelbaren Rechts ist nach der gegebenen Begriffsbestimmung gleichgültig, so daß es z. B. auch durch — fiduziarische — Eigentumsübertragung begründet werden kann[2]).

Charakterisiert wird, wie Dernburg richtig hervorhebt, dieses Pfandrecht im weiteren Sinne durch drei Momente: Das Ziel, die Sicherung der Forderung, das Mittel, das Recht der Verwertung des Pfandobjekts, und die Unwandelbarkeit dieses Mittels, so daß es als wahre Sicherheit erscheint.

Die zweite, weniger weitgehende Definition ist die des Pfandrechts im engeren Sinne; danach ist das

---

[1]) Dernburg, Band I S. 477.

[2]) Dernburg, Band I S. 477: „Es kann durch Übertragung des Eigentums, wie durch Bewilligung eines dinglichen Rechtes an fremder Sache begründet werden."

Pfandrecht ein zur Sicherung einer Forderung dienendes Recht an einem fremden Vermögensobjekt, aus dem sich der Gläubiger im Falle der Uneinbringlichkeit der Forderung durch Verwertung Befriedigung verschaffen kann. Diese Begriffsbestimmung unterscheidet sich von der ersteren durch die bestimmte Form, die sie dem Pfandrecht gibt, sie erhebt es zu einem besonderen Typ subjektiven Rechts, die fiduziarische Sicherungsübereignung und ähnliche Sicherungsgeschäfte finden in diesem beschränkten Rahmen keinen Platz mehr.

Als engste Begriffsbestimmung ist die des BGB. zu bezeichnen: das BGB. spricht von einem Pfandrecht nur in Ansehung beweglicher Sachen und von Rechten (§§ 1204, 1273). Danach ist das Pfandrecht als eine der Sicherung einer Forderung dienende Belastung einer beweglichen Sache oder eines Rechts zu bezeichnen, die den Gläubiger berechtigt, Befriedigung aus dem verpfändeten Gegenstand zu suchen.

Auf welche dieser drei Definitionen einigen wir uns nun? —

Sicher nicht auf die des Pfandrechts im weiteren Sinne. Ob der Begriff überhaupt Existenzberechtigung hat, mag dahingestellt bleiben[3]), jedenfalls entspricht er dem Sprachgebrauch des BGB. in keiner Weise — die einzige einschlägige Bestimmung, wo das fiduziarische Rechtsgeschäft Erwähnung findet, ist § 223 II —. Anderseits wollen wir uns auch mit der engsten Definition nicht begnügen; zwar gebraucht unser Gesetz das Wort Pfandrecht bloß bei beweglichen Sachen und Rechten, man wird es uns aber nicht verargen wollen, wenn wir auch die Hypo-

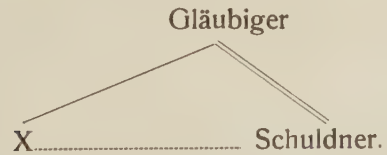
[3]) Von manchen wird er gänzlich verworfen, vergl. Wolff S. 440: „Erst mit der Realsicherung ohne Übereignung ist der juristische Pfandrechtsbegriff geboren."

thek, das Grundpfandrecht, denn ein solches ist es seinem Wesen nach [4]), in den Bereich unserer Untersuchungen ziehen.

Demnach haben wir die Pfandbestellung als Vertrag zu bezeichnen, durch den zur Sicherung einer Forderung für den Gläubiger ein Recht an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache oder einem Recht begründet wird, aus dem er sich im Falle der Uneinbringlichkeit der Forderung befriedigen kann. Da wir uns zur Aufgabe gestellt haben, die Pfandbestellung für fremde Schuld zu untersuchen, mit anderen Worten unterstellt wird, daß persönlicher Schuldner und Pfandbesteller verschiedene Personen sind, so ist die Zahl der Vergleichsmöglichkeiten mit der Bürgschaft bedeutend erweitert.

Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

I. Die Pfandbestellung für Schuld eines Dritten ist ein Vertrag, den ein außerhalb des Schuldverhältnisses stehender X mit dem persönlichen Gläubiger schließt. Es entsteht also neben dem bestehenden ein neues Rechtsverhältnis, wie die beigefügte graphische Darstellung veranschaulicht.



II. Die Pfandbestellung ist ein Vertrag, durch den, wie wir oben gesehen haben, ein Pfandrecht an einer Sache oder an einem Recht begründet wird. Soweit eine Sache Objekt der Pfandbestellung ist, besteht über die Natur dieses Rechts kein Zweifel, es ist ein dingliches Recht, ein Sachenrecht, daher die Rege-

[4]) Vergl. Wolff S. 447 ff.

lung des Pfandrechts im III. Buche des BGB., daher die Pfandbestellung ein dinglicher Vertrag. Da fernerhin durch die Pfandbestellung unmittelbar ein Recht begründet wird, fällt sie unter den weiteren Begriff der Verfügung.

Wie aber ist das Pfandrecht am Recht zu charakterisieren? Gibt es überhaupt Rechte an Rechten? — Das BGB. bedient sich dieses Ausdrucks in den Vorschriften, die Nießbrauch und Pfandrecht betreffen (§§ 1068, 1273 ff.), stellt also Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten in die Reihe der dinglichen Rechte, offenbar schon aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, da zahlreiche Vorschriften sowohl für Sachnießbrauch und -pfandrecht als für die entsprechenden Rechte an Rechten gelten. Eine prinzipielle Stellungnahme des Gesetzgebers aber daraus herzuleiten, halte ich für verfehlt, zumal die Motive die Frage, ob man ein Recht in gleicher Weise als Gegenstand eines Rechts ansehen könne, wie eine Sache, dahingestellt lassen[5]). Infolgedessen ist die juristische Konstruktion dieser Rechtsgebilde kontrovers, war es auch schon zur Zeit des gemeinen Rechts, so daß man sich in der Literatur eifrig mit dieser Materie beschäftigt hat und noch beschäftigt. Natürlich ist die Frage, welcher Art und Natur das Recht am Recht sei, für uns in diesem Zusammenhange von hohem Interesse. Das Gesetz kann in dieser Beziehung, wie schon gesagt, den Ausschlag nicht geben. Auf den richtigen Weg gelangen wir, wenn wir auf den Unterschied von primären und sekundären Rechten achten. Jene sind, wie Cosack sagt[6]), selbständiger Natur, diese schließen sich an ein anderes Recht, das man als ihr Grundrecht bezeichnen kann, an und bestehen lediglich in einer Anteilnahme an diesem Grundrecht. Nun ist klar, ist

[5]) Motive III, S. 539.
[6]) Cosack II, S. 3.

das Grundrecht ein dingliches, so ist das angeschlossene Recht von derselben juristischen Beschaffenheit, fehlt dem Grundrecht die dingliche Natur, so ist auch dem angeschlossenen Recht die Dinglichkeit abzusprechen, auf unser Gebiet übertragen: ob ein Pfandrecht an einem Recht dinglicher Natur ist oder nicht, hängt von der Qualität des belasteten Rechts ab. Die Frage nach der juristischen Beschaffenheit des Pfandrechts an Rechten selbständig zu beantworten, ist daher ein Ding der Unmöglichkeit[7]).

Der Ansicht, die wir hier vertreten, wird in der Literatur der Vorzug gegeben[8]), Hauptgegner ist Gierke[9]).

III. Ein weiteres Kennzeichen der Pfandbestellung ist, daß durch sie stets ein bestimmtes Vermögensobjekt belastet wird, sei es eine Mobilie, eine Immobilie oder ein Recht. Die Verpfändung eines Sachinbegriffs ist unmöglich, erst recht die einer Rechtsgesamtheit (dies ist die herrschende Lehre[10]); eine abweichende Ansicht wird von Gierke[11]) und Dernburg[12]) vertreten). Soll also faktisch ein Pfandrecht an einem Sachinbegriff entstehen, so ist es an jedem einzelnen dazugehörigen Vermögens-

---

[7]) Deshalb sagt von Tuhr S. 159 vom Forderungspfand mit Recht: „Es ist ein Komplex verschiedener Befugnisse und hat mit dem Sachpfand nur den Namen und den Zweck gemeinsam: Verwertung eines Gegenstandes zur Befriedigung für eine Forderung."

[8]) Cosack II S. 4, Enneccerus I S. 171 ff., v. Tuhr I S. 157 ff., Wolff S. 402, 626.

[9]) Gierke II S. 1007.

[10]) Endemann II 1 S. 903, Kretzschmar S. 637, Maenner S. 462, Staudinger III S. 634, Wolff S. 576; RGE. Band 53 S. 220.

[11]) Gierke § 170[7].

[12]) Dernburg III S. 726 Z. 3.

gegenstande zu bestellen. Es sind dann aber ebensoviele Pfandrechte als belastete Sachen vorhanden. Diese Ansicht ist derartig verbreitet, daß es sich nicht verlohnt, eine Begründung dafür zu geben; jedes Lehrbuch enthält sie. Für uns ist das Ergebnis wichtig: das Pfandrecht ist stets auf ein bestimmtes Vermögensobjekt spezialisiert, es ergreift jeweils einen einzigen Gegenstand — Spezialitätsprinzip —.

IV. Die unmittelbare, begriffliche Wirkung der Pfandbestellung ist nun die, daß der Gläubiger an dem verpfändeten Gegenstand eine unentziehbare Herrschaft erlangt, ein dingliches Recht in dem Sinne, daß es gleichgültig ist, ob er im Vermögen des Verpfänders bleibt. Es entsteht eine feste Beziehung des Gläubigers zu dem verpfändeten Gegenstand, die persönlichen Beziehungen treten in den Hintergrund.

Von einem Gegenstand aber, welcher dem Zugriff eines Dritten unterworfen ist, sagt man, er haftet, denn unter einem Haftungsverhältnis im wissenschaftlichen Sinne hat man richtigerweise eine Beziehung der Person zum Vermögen oder einem Vermögensobjekt einer anderen Person zu verstehen[13]).

Daraus, daß wir behaupten, durch die Pfandbestellung werde lediglich ein solches Haftungsverhältnis, eine Beziehung von Person zu Sache begründet, folgt, daß der Pfandgläubiger, wenn er sich Befriedigung aus dem Pfande verschaffen will, dies durch eigene Tätigkeit, d. h. ohne Mitwirkung des Pfandbestellers bewirken muß.

Damit weisen wir zwei Ansichten ab; eine ältere, jetzt wohl allgemein aufgegebene, nach welcher das Pfandrecht als Forderung gegen den personifizierten Pfandgegenstand aufzufassen ist[14]), und eine andere,

[13]) Vergl. von Tuhr I S. 108 ff.
[14]) Vergl. Gierke § 158[21] S. 856.

nach welcher das Pfandrecht einen Anspruch gegen den jeweiligen Pfandeigentümer auf Leistung begründet[15]), wie sie z. B. von Gierke vertreten wird[16]). Die von uns vertretene Auffassung — schon v. Schwind bekannte sich zu ihr (S. 140) — läßt sich wohl heute als die herrschende bezeichnen[17]). Auf eine Formel gebracht, lautet sie: Die Pfandbestellung erzeugt nicht das Recht, durch fremde Handlung Befriedigung zu erlangen, sondern das Recht, sich durch eigene Handlung solche zu verschaffen. Gewiß, es wird häufig der Fall sein, daß der Eigentümer der Pfandsache statt des persönlichen Schuldners den Gläubiger befriedigt. Damit realisiert er aber nicht das Pfandrecht, will vielmehr die Realisierung durch die Befriedigung gerade vermeiden.

Was das Fahrnispfandrecht anbetrifft, so ist man sich ja auch einig darüber, daß eine persönliche Zahlungsverpflichtung des Pfandeigentümers nicht besteht.

Entsprechendes gilt für das Pfandrecht an Rechten; der vollstreckbare Titel, den z. B. die Verwertung des Rechtspfandrechts voraussetzt, muß daher den Kläger für befugt erklären, sich aus dem Pfande durch Vollstreckung zu befriedigen[18]). Also jedenfalls keine Klage auf Zahlung (herrschende Lehre!) — ob Feststellungs- oder Duldungsklage[19]), ist bestritten, aber für unsere Ausführungen von untergeordnetem Interesse, da es uns nur darauf ankommt, hervorzuheben, daß der Titel nicht auf Zahlung

---

[15]) Zum ersten Male wurde diese Auffassung entscheidend widerlegt von Sohm S. 10 ff.

[16]) Gierke II S. 856.

[17]) Vergl. die Literaturübersicht bei Wolff S. 449 Anm. 4.

[18]) Wolff S. 630.

[19]) Vergl. Kober in Staudinger 1912, S. 1094, Bem. zu § 1277, und Biermann in Staudinger 1914 S. 713.

lauten darf. Daher auch ungenau der Ausdruck „Pfandschuldner".

Schwierigkeiten entstehen erst bei der Betrachtung des Hypothekenrechts. Die Quelle dieser Schwierigkeiten bildet letzten Endes die Definition der Hypothek des § 1113. Es heißt dort, an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, sei eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen. Diese Fassung der Begriffsbestimmung hat insofern Ärgernis zu erregen vermocht, als sie den Anschein erweckt, es bestehe für den Grundstückseigentümer eine Leistungspflicht. Demgemäß fehlt es nicht an Theorien, die eine solche Leistungspflicht tatsächlich für vorliegend erklären; ich erinnere nur an die beiden bekanntesten: die der Realobligation, wie sie für das heutige Recht z. B. von Cosack[20]), Crome[21]) und Fuchs[22]) vertreten wird, ferner die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung Gierkes[23]), Hübners[24]) u. a.

In der Tat, der Terminologie nach zu urteilen, deren sich das Gesetz bedient, spricht manches dafür, daß der Pfandberechtigte einen Anspruch gegen den Eigentümer habe — Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, § 952 II; Einreden gegen die Hypothek, §§ 1137, 1157; Kündigung, § 1160, daselbst auch Mahnung; vergl. ferner ZPO. §§ 592[2], 688 I[2], wo von einem Anspruch aus der Hypothek die Rede ist: alles Ausdrücke, die dem Recht der Schuldverhältnisse eigen sind. — Indessen beachte man den Wortlaut des § 1146: „Liegen dem Eigentümer gegen-

[20]) Cosack § 221 III 1.
[21]) Crome § 460 S. 644.
[22]) Fuchs I S. 373 ff.
[23]) Gierke II S. 853 ff.
[24]) Hübner S. 320 ff.

über die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren.....". Warum diese geschraubte Fassung, wenn man den Eigentümer selbst schon als Schuldner ansieht? — Mit den Worten von Tuhrs[25]): § 1146 wäre überflüssig und geradezu unverständlich, wenn der Eigentümer der Pfandsache zur Leistung verpflichtet wäre; denn dann würden in seiner Person nicht die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, sondern der Verzug selbst.

Haben wir damit unsere Behauptung[26]), eine Leistungspflicht liege auch im Hypothekenrecht nicht vor, mit einem schwerwiegenden Argument belegt, so fragt sich immer noch, warum der Gesetzgeber sich einer so mißzuverstehenden Ausdrucksweise überhaupt bedient hat. Dafür geben von Tuhr und Wolff eine meines Erachtens einleuchtende Erklärung. Der Sprachgebrauch ist einmal durch das Bestreben des Gesetzgebers gerechtfertigt, neue Ausdrücke zu vermeiden und somit die Terminologie zu erleichtern[27]), zum andern dürfte sich der Umstand, daß des öfteren von einem Anspruch aus der Hypothek die Rede ist, daraus erklären lassen, daß die Befriedigung des Immobiliarpfandgläubigers in den Formen der Zwangsvollstreckung zu geschehen hat, also einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer voraussetzt. Diese prozessuale Situation läßt ein Bild entstehen, das dem eines Schuldverhältnisses äußerlich ähnelt[28]), allerdings nur ähnelt, denn wenn der

---

[25]) von Tuhr I S. 117.

[26]) Sie wird gehalten von Biermann in Staudinger Vorbem. zum achten Abschnitt S. 426, Endemann § 112 S. 704, Planck Vorbem. 3 zur Abschnittsübersicht S. 448 ff., Maenner S. 366 und vielen andern.

[27]) Wolff S. 453.

[28]) Vergl. von Tuhr S. 115 ff., Wolff S. 453.

Eigentümer verklagt wird, geschieht es sicher nicht in Form der Leistungsklage als vielmehr in der der Feststellungsklage. Der Klagantrag hat dahin zu lauten, es möge festgestellt werden, daß Kläger berechtigt sei, wegen des bestimmten Betrages die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben. Es handelt sich also, um mit Kisch zu sprechen[29]), in Wirklichkeit um eine Feststellungsklage, deren Gegenstand eine prozessuale Befugnis ist, die Befugnis der Zwangsvollstreckung. Diese Ansicht, die Hypothekenklage sei Feststellungsklage, wird allerdings nicht allgemein geteilt, — sie wird vielfach als Klage auf Duldung aufgefaßt[30]) — darüber aber ist man sich in den Kreisen, in denen die Leistungspflicht des Eigentümers in Abrede gestellt wird, einig, daß die Hypothekenklage jedenfalls keine auf Zahlung gerichtete ist.

V. Die Pfandbestellung dient begrifflich, wie wir schon oben bei der Abgrenzung unserer Aufgabe dargelegt haben, zur Sicherung einer Forderung — vergl. § 1204 und § 1113 — m. a. W.: Die Akzessorietät des Pfandrechts ist eines seiner wesentlichen Merkmale. Zur Erscheinung kommt diese Natur:

1. Beim Mobiliarpfand namentlich in folgender Hinsicht:

a) Entstehung, Untergang und Umfang des Pfandrechts richten sich nach der Forderung (§§ 1204, 1252, 1210 I S. 1).

b) Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über (§§ 1250 I, 401 I).

---

[29]) Vergl. Kisch: Beiträge zur Urteilslehre S. 148 ff. und Vorlesung IX S. 21.

[30]) z. B. Biermann in Staudinger Anm. 2 zu § 1147, Kretzschmar Bem. 2 zu § 1147, Maenner S. 438, Kober S. 799, Planck III S. 448, 520.

c) Der Pfandbesteller kann gegen das Pfandrecht alle Verteidigungsmittel geltend machen, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen (§ 1211)[31]).

2. Beim Grundstückspfand in ähnlicher Hinsicht:

a) Die Hypothek ist von einer Forderung abhängig, deren Sicherung sie dienen soll; das sagt § 1113 deutlich. Eine Hypothek kann ohne Forderung nicht entstehen, ohne Forderung nicht weiter bestehen. Hypothekar und Gläubiger der zu sichernden Forderung sind notwendig identisch[32]). Daraus folgt:

b) Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden (§ 1153 II).

c) Ein weiteres Argument für die Akzessorietät der Hypothek bietet § 1163. Der Gläubiger erwirbt die Hypothek nur, wenn er zugleich die persönliche Forderung erwirbt. Fehlt es aber an einer solchen, sei es, daß sie überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, sei es, daß sie nachträglich erloschen ist, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu; sie verwandelt sich aber gemäß § 1177 automatisch in eine Grundschuld, und wir gelangen zu dem Ergebnis, daß zwar eine Grundstücksbelastung, nicht aber eine Hypothek besteht. Die Akzessorietät bedeutet also nicht, wie Wolff treffend hervorhebt[33]), daß bei Nichtigkeit oder Untergang der Forderung das Grundstück mit dem Betrage der Hypothek überhaupt nicht belastet sei, sondern sie bedeutet, daß die Belastung nur bei Forderungsbestand Fremdhypothek, andernfalls Eigentümergrundschuld ist.

d) Schließlich ist noch darauf hinzuweisen,

---

[31]) Modifikationen dieses Satzes unten S. 51.

[32]) So Wolff S. 455.

[33]) Wolff S. 455.

daß hinsichtlich der dem Eigentümer gegen die Hypothek zustehenden Einreden dasselbe gilt wie beim Mobiliarpfand — vergl. § 1137 mit § 1211; also wiederum ein Argument für die Akzessorietät.

Nun enthält das BGB. allerdings Vorschriften, die der akzessorischen Natur widersprechen und von den Gegnern unserer Ansicht dementsprechend verwertet werden. Hauptsächlich wird § 1138 dazu herangezogen: danach geht das für eine nichtige Forderung als „Hypothek" bestellte Grundpfandrecht auf einen redlichen Zessionar über. Die meisten Schriftsteller, die die Akzessorietät der Hypothek vertreten, nehmen an, daß es sich hier um eine im Interesse des Rechtsverkehrs bestehende Ausnahme von der Regel handle[34]), deren sich ja mehrere aufzählen lassen, indessen erübrigt sich der Hinweis auf die publica fides des Grundbuches und andere allgemeine Prinzipien, wenn wir uns auf den Boden stellen, von dem aus Wolff diesen Fall betrachtet[35]). Er hält sich streng an die gesetzliche Begriffsbestimmung der Hypothek (§ 1113) und gelangt zu der Erkenntnis, daß das Recht, welches der Zessionar erlangt, keine Hypothek, sondern eine Grundschuld sein muß. Ähnlicher Ansicht, die allerdings nicht vollkommen klar zum Ausdruck kommt, scheint Gierke zu sein[36]). Schließt man sich den Ausführungen Wolffs an, die übrigens recht einleuchtend erscheinen, so ist man der Schwierigkeiten enthoben, die der herrschenden Lehre dadurch bereitet sind, daß sie eine forderungslose Hypothek mit dem allgemeinen Hypothekenbegriff in Einklang zu bringen hat. Indessen selbst wenn man die Lehre Wolffs nicht anerkennen will, sind die Argumente, die wir vorgebracht haben, stark genug, die prinzipiell akzessorische Natur der Hypo-

[34]) So schon von Schwind S. 107.
[35]) Wolff S. 484.
[36]) Gierke II S. 884.

thek zu erhärten, zumal man einmal bedenken muß, daß gewisse Bestimmungen, die gegen die Akzessorietät der Hypothek zu sprechen geeignet sind, sich auch in den das allgemein als akzessorisch anerkannte Mobiliarpfandrecht betreffenden Vorschriften finden — vergl. insbesondere § 1137 I S. 2, II mit § 1211 I S. 2, II; vergl. ferner § 223, wo Pfandrecht und Hypothek gleichgestellt sind; weiterhin entscheidet sowohl für den Rang der Hypothek als auch des Pfandrechts die Zeit ihrer Bestellung, nicht die Entstehungszeit der Forderung (§§ 1209, 879, 1261); nicht ohne weiteres zulässig ist es allerdings, auch den Absatz II des § 1204 mit dem des § 1113 auf eine Stufe zu stellen. Folgt man der Ansicht Wolffs[37]), so enthält ersterer eine Ausnahme von der Akzessorietät des Fahrnispfandrechts insofern, als auch schon vor Entstehung der Wirksamkeit der persönlichen Forderung ein Pfandrecht zugunsten jemandes bestehen kann, der noch gar nicht Gläubiger ist. Das Pfandrecht erscheint also hier von der Forderung losgelöst, verselbständigt[38]). Anders bei der Hypothek; das Gesetz bestimmt zwar, daß eine solche auch für eine bedingte oder künftige Forderung bestellt werden kann, so daß dadurch der Anschein erweckt wird, als sei hier die Akzessorietät durchbrochen, indessen ist auch auf 1163 I S. 1 zu achten: Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Diese Eigentümerhypothek ist aber ihrem Wesen nach nichts anderes als eine Grundschuld (§ 1177 I S. 1). Demgemäß hätten wir es in Wirklichkeit nicht mit einem Ausnahmefall, sondern vielmehr mit einem Anwendungsfall der Akzessorietät zu tun.

---

[37]) Wolff S. 459/578.

[38]) Gierke § 170[11] behauptet dagegen, das Pfandrecht sei auch erst bedingt.

Anders ist zu entscheiden, wenn wir uns der Ansicht von Tuhrs anschließen[39]): „.... Selbst dann, wenn die zur Begründung des Nebenrechts nötige Handlung vorher vorgenommen wird, was bei Bürgschaft und Pfand vom Gesetz für zulässig erklärt wird (§§ 765, 1113, 1204), entsteht zunächst nicht das akzessorische Recht selbst, sondern eine Anwartschaft (!), aus der sich bei Hinzutritt des Hauptrechtes die Forderung gegen den Bürgen, das Pfandrecht, die Hypothek des Gläubigers entwickelt....", womit die Gleichheit von Pfandrecht und Hypothek in dieser Hinsicht gewahrt ist. — Zum andern erklären sich die übrigen das Grundpfandrecht betreffenden Ausnahmen zumeist aus grundbuchrechtlichen Prinzipien; Beispiel: § 1180 stellt den Satz auf: an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden; offenbar eine Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät! Materiell betrachtet liegt aber nichts anderes vor wie die Aufhebung der alten Hypothek und Begründung einer neuen. Argument: zu der Änderung ist die Wahrung derselben Formen nötig, die für die Begründung der Hypothek verlangt sind, aber „es entspricht der Struktur unseres Hypothekenrechts, daß die Hypothek für die neue Forderung den alten Rang beibehält"[40]). Zur Ersparung des Umweges, auf dem die Parteien zu demselben Ergebnis dadurch gelangen könnten, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet und der Eigentümer die für ihn dadurch nach §§ 1168, 1177 entstehende Eigentümergrundschuld gemäß § 1198 in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandelt, hat man den Paragraphen 1180 geschaffen[41]).

---

[39]) von Tuhr S. 232.
[40]) So von Tuhr I S. 234.
[41]) Vergl. Prot. II Band III S. 726.

Die Ausnahmebestimmungen sind zwar imstande, die akzessorische Natur der Hypothek einzuschränken, vermögen sie aber nicht zu beseitigen; sie bleibt die Regel[42]). Hauptgegner der hier vertretenen Ansicht ist Hachenburg[43]). Er und seine Anhänger erblicken in den Bestimmungen, die die Selbständigkeit der Hypothek zum Ausdruck bringen, die leitenden Grundgedanken des Hypothekenrechts, denen die anderen Bestimmungen als Ausnahmen gegenüberstehen. Da, logisch betrachtet, beide Auffassungen möglich sind, so wird der Streit über die Natur der Hypothek wohl andauern, zumal „das Gesetz selbst, wie es uns vorliegt, ein Kompromiß der beiden sich gegenüberstehenden Ansichten der Kommissionsmitglieder ist, die zum Teile für die eine, zum Teile für die andere Auffassung Stellung genommen haben[44])". Um so mehr scheint es mir daher am Platze zu sein, die rechtliche Natur der Hypothek aus dem Gesetz selbst zu ergründen, und ich meine, die in § 1113 getroffene Begriffsbestimmung, die doch gerade den Zweck hat, die wesentlichen Merkmale der Hypothek zu beschreiben, spricht deutlich genug.

Damit beenden wir den Teil unserer Ausführungen, der das Verhältnis des Pfandrechts zur Forderung zum Gegenstand hat, und haben damit das Wesen der Pfandbestellung gebührend gekennzeichnet. Im folgenden werden wir in derselben Weise die Bürgschaft betrachten und, um unserer Aufgabe

---

[42]) Für die Akzessorietät die meisten; z. B. Wolff S. 455; Schwind S. 107; Turnau-Förster S. 726; Gierke S. 880; Kisch IX S. 14; von Tuhr I S. 230; Planck III S. 440. Gegen die Akzessorietät: Biermann in Staudinger III S. 433, Endemann II 1 S. 726/27.

[43]) Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfes eines BGB.

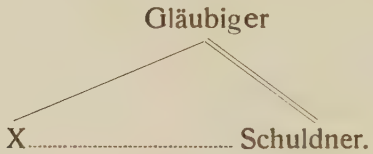
[44]) von Schwind S. 111.

gerecht zu werden, den nunmehr ermöglichten Vergleich durchführen.

B. Die Bürgschaft.

Nach der Definition des § 765 ist die Bürgschaft ein Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.

I. Stellt man ein derartiges Vertragsverhältnis graphisch dar, so ergibt sich ein Bild, das dem der Pfandbestellung für Schuld eines Dritten ähnelt.



Sowohl hier wie dort liegt ein Vertrag vor, der von einem außerhalb des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses stehenden X mit dem Gläubiger geschlossen wird — dies ist wenigstens die Regel, denkbar wäre ja auch ein zwischen dem Schuldner und dem Bürgen zugunsten des Gläubigers geschlossener Vertrag, der dem Gläubiger unmittelbar ein Recht gewähren soll[45]) —. Wie bei der Pfandbestellung, so entsteht auch hier neben dem bestehenden Rechtsverhältnis ein neues. Insoweit ist also die Struktur von Pfandbestellung und Bürgschaft gleich.

II. Den ersten Unterschied finden wir, wenn wir auf die rechtliche Natur der beiden Verträge achten. Wir hatten in der entsprechenden Ziffer bei der Betrachtung der Pfandbestellung den darauf gerichteten Vertrag als dinglichen bezeichnet — wenigstens so-

[45]) Vergl. Enneccerus S. 526 Anm. 2.

weit es sich um Verpfändung von Sachen handelt —. Durch den Bürgschaftsvertrag wird ein dingliches Recht nicht begründet. Schon der Platz, den der Gesetzgeber der Bürgschaft im BGB. angewiesen hat, weist darauf hin, daß wir es hier mit einem Typ schuldrechtlicher Art zu tun haben. Dann aber achte man auf die Begriffsbestimmung: durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge..... Der Bürge verpflichtet sich, d. h. er geht ein Schuldverhältnis[46]) ein, nicht aber der Pfandbesteller, für den wir es oben ausdrücklich verneint haben. Dort handelt es sich um eine Verfügung, hier um eine Verpflichtung. Daraus folgt etwas weiteres: bei der Bürgschaft tritt das persönliche Moment in den Vordergrund; die Person vermag aber dem Gläubiger in viel größerem Umfange zu dienen als eine Sache, die doch grundsätzlich nur die Funktion hat, in Geld umgesetzt zu werden, in diesem Sinne also nur eine passive Rolle spielt; infolgedessen zielt die Realisierung des Pfandrechts stets auf einen Geldbetrag ab, während dies bei der Bürgschaft nicht der Fall ist. Vielmehr soll der Bürge in erster Linie aktiv tätig werden, er soll handeln, an Stelle des Hauptschuldners leisten, wenn dieser versagt. Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem das Pfand in Anspruch genommen wird, muß die Forderung in eine auf Geld gerichtete übergegangen sein, für die Inanspruchnahme des Bürgen ist ein derartiger Umwandlungsprozeß nicht nötig!

III. Die Pfandbestellung belastet ein bestimmtes Vermögensobjekt, die Bürgschaft eine bestimmte Person. Darin liegt ein weiterer Unterschied, der sich aus dem Wesen des Schuldverhältnisses ergibt. Dem Anschein nach ist also der Gläubiger durch die Bürg-

---

[46]) Enneccerus S. 525, Reichel S. 68, Karl Schultz S. 25, Stephan S. 27.

schaft sicherer gestellt als durch die Pfandbestellung. Indessen ist eines zu beachten: Wie oben dargestellt, erhält der Gläubiger durch die Pfandbestellung ein unentziehbares Herrschaftsrecht an dem verpfändeten Objekt, das ein für alle Mal zu seiner Befriedigung bestimmt ist, gleichgültig, zu wessen Vermögen es gehört; nur die den Schutz des guten Glaubens betreffenden Vorschriften vermögen eine Ausnahme zu bewirken — vergl. § 936! —. Anders bei der Bürgschaft; da der Bürge Schuldner ist und für seine Schuld mit seinem ganzen Vermögen einzutreten hat, so ist dieses zwar dem Zugriff des Gläubigers unterworfen, aber nur solange es wirklich sein Vermögen ist. In dem Augenblick, in dem ein Vermögensobjekt aus der Rechtssphäre des Bürgen austritt, wird es grundsätzlich frei. Im Gegensatz dazu ist das Pfandrecht des Gläubigers zwar nur auf einen speziellen Gegenstand beschränkt, aber zu einem Herrschaftsrecht verdichtet und lastet dauernd auf ihm. Auf eine Formel gebracht: die Pfandbestellung verhaftet nur ein Einzelobjekt, dieses aber dauernd, d. h. ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse, die Bürgschaft das ganze Vermögen, dieses aber grundsätzlich nur solange es dem Bürgen gehört.

IV. Bei der Betrachtung der Pfandbestellung hatten wir ausgeführt, daß sie eine persönliche Verpflichtung des Verpfänders nicht begründet, sondern sich darauf beschränkt, eine Haftung des verpfändeten Gegenstandes zu erzeugen, also in erster Linie eine Beziehung von Rechtssubjekt zu -objekt schafft. Demgegenüber hoben wir schon unter Ziffer II hervor, daß die Bürgschaft im BGB. als Schuldverhältnis, d. h. als Verhältnis von Rechtssubjekt zu Rechtssubjekt aufgefaßt ist; sie begründet also primär eine Schuld.

Diese Behauptung bedarf, weil bestritten, der Begründung. Es wird die Ansicht vertreten, die Bürg-

schaft sei eine bloße Haftungsübernahme[47]), und der Beweis dafür aus dem Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme entnommen; da erstere keine Übernahme einer fremden Schuld enthalte, könne sie notwendigerweise nur eine Haftungsübernahme für fremde Schuld darstellen, — wobei man die Möglichkeit der Begründung einer eigenen Schuld übersieht. Überhaupt kann man hier schon sagen: die Differenzen, die hinsichtlich dieser Frage bestehen, haben zum großen Teil ihre Wurzel in der verschiedenen Auffassung des Haftungsbegriffs. Von ihm ausgehend, kommt Isay zu seiner Behauptung, die Bürgschaft unterscheide sich von der kumulativen Schuldübernahme gerade dadurch, daß der Bürge nur Subjekt eines Haftungs-, nicht auch eines Schuldverhältnisses sei; Isay versteht hierbei unter Haftung das Einstehen mit dem Vermögen zum Ersatz, und zwar in dem Sinne, daß er nicht aktiv zu leisten braucht, vielmehr lediglich sein Vermögen bereitzustellen hat. Also passive Haftung, wie wir sie beim Pfandrecht konstatiert haben!

Im 50. Bande von Iherings Jahrbüchern S. 55 ff. charakterisiert Siber die Haftung als eine bestimmte Art von Schuldverhältnissen. Er faßt das Haftungsverhältnis als ein Schuldverhältnis auf, welches die Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer primären Pflicht zum Gegenstande hat. Diesen Haftungsbegriff verwendet Siber dazu, den Nachweis dafür zu erbringen, daß der Bürge nicht in einem Haftungs-, sondern einem Schuldverhältnis stehe, er kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis wie Isay — ebenfalls auf Grund des Haftungsbegriffes.

Wenn wir, um unsere Ansicht zur Darstellung zu bringen, gleichfalls vom Haftungsbegriff ausgehen, so

---

[47]) Vergl. Isay in Iherings Jahrbüchern Band 48 S. 186 ff.

geschieht es nur, um den Mißverständnissen vorzubeugen, die bisher in dieser Lehre störend wirkten. Ihren Ursprung hat unsere Auffassung in den Ausführungen von Tuhrs[48]) über den Haftungsbegriff, den wir schon bei der Betrachtung der Pfandbestellung verwendeten.

Nach von Tuhr sind folgende Korrelate zu bilden: Forderung und Verpflichtung, Zugriff und Haftung. Das erstere kennzeichnet die Beziehung von Rechtssubjekt zu Rechtssubjekt, das zweite die Beziehung des Subjekts zum Objekt. „Der Schuldner ist verpflichtet, sein Vermögen haftet. In diesem Sinne kann und muß das Wort technisch gebraucht werden, weil wir für die Rechtslage des dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzten Vermögens eine kurze Bezeichnung brauchen, und Haftung in dieser Bedeutung durch keinen Ausdruck unserer Rechtssprache ersetzt werden kann.

Da nun aber normalerweise das Vermögen für jede Schuld des Vermögenssubjekts und nur für Schulden dieses Subjekts haftet, so ist es erklärlich, daß Verpflichtung und die aus ihr hervorgehende Haftung oft als Synonyma gebraucht werden[49]); man spricht von Haftung für Verschulden, Zufall usw. und meint damit eine Verpflichtung zum Schadensersatz, für welche selbstverständlich in letzter Linie das Vermögen des Verpflichteten einzustehen hat. Wo man unter Haftung die Verpflichtung mitversteht, handelt es sich stets um den Umfang der Verpflichtung, um die Frage, wofür der Schuldner einzustehen hat; daß diese Forderung aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden kann, wird als selbstverständlich vorausgesetzt."

---

[48]) von Tuhr I S. 108 ff.
[49]) Vergl. auch Reichel S. 71.

Soweit die Worte von Tuhrs. Die weitere Aufgabe ist es nunmehr, dieses Ergebnis für unsere Zwecke zu verwerten. Voran stellen wir den Kardinalsatz: Jedem obligatorischen Vertrag sind in passiver Hinsicht grundsätzlich zwei Wirkungen eigen, er begründet eine Schuld und eine Haftung. Der Verpflichtete schuldet, sein Vermögen haftet. Folgt man dem heutigen Sprachgebrauch, der Verpflichtung und Haftung als Synonyma verwendet, so läßt sich bei jedem Schuldverhältnis sagen, der Verpflichtete hafte aus ihm, z. B. er hafte aus Kauf, Miete, Schenkungsversprechen — mit demselben Rechte, mit dem man sagt, er hafte aus Bürgschaft; genau gesprochen müßte man in all diesen Fällen sagen, er schulde aus Kauf usw., sei verpflichtet. Dasselbe gilt für die Bürgschaft, bei der man mit Vorliebe von Haftung spricht, weil es sich bei ihr vorwiegend um die Frage, wofür der Schuldner einzustehen hat, also um den Umfang der Verpflichtung handelt. Im Grunde genommen muß also auch hier eine Schuld konstatiert werden können, für welche die Haftung besteht, denn eine Haftung ohne Schuld im Recht der Schuldverhältnisse ist ein Unding. Aber unser Problem ist es nicht, irgend eine Schuld aufzufinden, für die das Vermögen des Bürgen haftet, sondern nachzuweisen ist eine Schuld gerade des Bürgen. Vermögen wir diesen Nachweis zu erbringen, so ist der Unterschied zwischen Bürgschaft und Pfandbestellung klargestellt: Erstere begründet eine Schuld und eine — dieser Schuld entsprechende — Haftung, letztere nur eine Haftung — für fremde Schuld —.

Schon oben hatten wir festgestellt, daß das Wesen der Bürgschaft aus dem BGB. deutlich zu entnehmen ist. Die Stellung, die der Bürgschaft im BGB. zuteil geworden ist, und die Begriffsbestimmung des § 765 — „verpflichtet sich"; vergl. auch § 767: „Verpflich-

tung“ und § 775 Z. 4: „Urteil auf Erfüllung“, § 769: „....haften sie als Gesamtschuldner“! — können keinen Zweifel über die Natur der Bürgschaft aufkommen lassen. Ein unbefangener, nicht durch historische Erwägungen voreingenommener Urteiler kann schon bei dieser rein äußerlichen Betrachtung nur zu dem Schluß gelangen, daß der Bürge nach BGB. Schuldner einer Schuldverbindlichkeit im Sinne der §§ 241 ff. ist. Weiterhin führt Reichel S. 73 folgende tieferen Gründe an: Wäre der Bürge nicht Selbstschuldner, d.h. Schuldner einer eigenen Verbindlichkeit, so könnten auf ihn die Vorschriften über die „Verpflichtung zur Leistung“, wie sie die §§ 241 ff. aufstellen, keine Geltung besitzen. Und doch leugnet niemand, daß dies der Fall. Verwiesen sei nur beispielsweise auf § 266 (Teilleistung), §§ 267/68 (Intervention eines Dritten), §§ 269/70 (Erfüllungsort), §§ 270—72 (Erfüllungszeit), §§ 273/74 (Zurückbehaltungsrecht), §§ 284—292 (Verzug). Auch darauf sei hingewiesen, daß, wenn der Bürge nicht Schuldner wäre, weder von Nachbürgschaft noch von Pfandbestellung für seine „Schuld“ die Rede sein könnte: eine Konsequenz, die der Gegner doch sicher nicht auf sich nehmen wird.“ Es kann also kein Zweifel sein: der Bürge ist Schuldner, die Haftung seines Vermögens ist wie bei anderen Schuldverhältnissen nur Folge seiner Verpflichtung[50]).

An sich genügt diese Feststellung unserem Vergleichszweck, wir brauchen uns daher nicht allzu lange mit weiteren Ausführungen in dieser Hinsicht abzugeben. Hervorgehoben sei nur noch folgendes: Der Bürge ist Fremdschuldner, d.h. er schuldet nicht dieselbe Leistung wie der Hauptschuldner. Inhalt der Bürgenverpflichtung ist sein Einstehen dafür, daß

[50]) So Enneccerus S. 525.

der Hauptschuldner leistet, während, wie Reichel S. 74 treffend hervorhebt, der Hauptschuldner ein konkretes dare, facere, non facere schuldet; dadurch wird zum Ausdruck gebracht, daß das Leisten des Bürgen mit dem des Hauptschuldners nicht homolog ist[51]), mit anderen Worten: wie ihren eigenen Schuldgrund hat die Bürgschaft auch ihren eigenen Schuldinhalt[52]).

Schließlich ist noch, um diesen Abschnitt zu vervollständigen, darauf hinzuweisen, daß der Bürge nach dem Gesetz Nebenschuldner ist; arg.: er verbürgt sich für einen „Haupt"schuldner. Diese Nebenschuldnerschaft kommt dadurch zur Erscheinung, daß der Bürge erstens nur subsidiär, zweitens akzessorisch schuldet[53]). Die Subsidiarität ist besonders aus dem Vorhandensein der Einrede der Vorausklage, aber nicht einzig und allein aus ihr zu entnehmen. Sie ergibt sich schon aus dem Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung, der bekanntlich ein anderer ist als der der Hauptverbindlichkeit, sie ergibt sich ferner selbst für den Fall, daß die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist, u. a. aus dem § 770 II, wonach der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange dieser die Möglichkeit hat, sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Schuldners zu befriedigen, und § 776, der den Bürgen frei werden läßt, wenn der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht oder eine sonstige Sicherheit aufgibt, aus der der Bürge Ersatz hätte nehmen können. Schließlich weist Reichel S. 84 noch auf den dem Bürgen in § 775 gegebenen Befreiungsanspruch hin; auch dieser steht dem

[51]) Vergl. Siber: Rechtszwang S. 237 ff., Westerkamp S. 153.

[52]) Herrschende Lehre.

[53]) So auch Reichel S. 81 ff.

Bürgen zu, selbst wenn er auf die Einrede der Vorausklage verzichtet oder sie sonstwie verloren hat.

Als zweiten Grund für die Behauptung, die Bürgschaftsschuld sei Nebenschuld, hatten wir ihre akzessorische Natur angeführt. Sie wollen wir, weil bedeutsam für den Vergleich, im folgenden gesondert betrachten.

V. Wir hatten bei der Behandlung der Pfandbestellung festgestellt, daß sie ein seiner Natur nach akzessorisches Recht begründe. Gleiches läßt sich von der Bürgschaft behaupten[54]).

1. Sie setzt das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit voraus. (Vergl. § 765 mit §§ 1113 und 1204.)

2. Mit dem Erlöschen der Hauptverbindlichkeit endigt auch die Bürgschaft — wie beim Pfandrecht[55]) [56]).

3. Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend (vergl. insbesondere § 767 mit 1210 I); für die Hypothek ist eine größere Veränderung der Hauptverbindlichkeit aus grundbuchrechtlichen Rücksichten bekanntlich ausgeschlossen; insoweit diese nicht entgegenstehen, trifft aber § 1118 eine ähnliche Bestimmung.

4. Mit der Abtretung der Forderung gehen die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über — wiederum eine Bestimmung, die uns schon beim Pfandrecht begegnet ist! (§§ 401 I, 1153 I, 1250 I).

---

[54]) Vergl. Martinius in Gruchot Band 49 Seite 185, Oertmann S. 934, Planck II S. 821, Reichel S. 84, Staudinger II 2 S. 1491, Westerkamp S. 54.

[55]) Vergl. Staudinger II 2 S. 1492.

[56]) Dies gilt ja gemäß unserer Ausführung auf S. 23 auch für das Immobiliarpfandrecht.

5. Der Bürge kann gegen die Forderung alle Verteidigungsmittel geltend machen, die dem Hauptschuldner zustehen — noch eine bekannte Bestimmung! (vergl. §§ 768 S. 1, 770 mit §§ 1137 S. 1 und 1211 S. 1).

Auch die Modifikationen der Akzessorietät finden sich in ähnlicher Weise bei Bürgschaft und Pfandrecht, insbesondere sind sowohl dem Bürgen als auch dem Pfandbesteller die Einrede der beschränkten Erbenhaftung und die Einrede aus dem Zwangsvergleich benommen; vergl. § 768 mit §§ 1137 und 1211; KO. § 193[57]). Anderseits verlieren weder Bürge noch Pfandschuldner eine Einrede dadurch, daß der Hauptschuldner resp. persönliche Schuldner darauf verzichten; vergl. § 768 II mit 1137 II und 1211. Darüber wird indessen noch andernorts zu sprechen sein; hier genügt die Feststellung, daß die gesetzlichen Vorschriften, soweit sie die Akzessorietät von Bürgschaft und Pfandrecht betreffen, durchaus von denselben Gesichtspunkten aus geschaffen sind.

Fassen wir die Ergebnisse unserer vergleichenden Untersuchungen zusammen, so ergibt sich folgendes Resultat: die begrifflichen Ähnlichkeiten von Pfandbestellung und Bürgschaft liegen einmal in der graphisch-elementaren Struktur der Verträge, zum andern in ihrer akzessorischen Bedeutung. Ihre Unterschiede darin, daß wir es im einen Falle grundsätzlich mit einem dinglichen, im anderen mit einem schuldrechtlichen Vertrag zu tun haben; im einen

[57]) Auch in HGB. § 356 sind Pfand und Bürgschaft gleichgestellt: „Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken."

Falle ist weiterhin ein bestimmtes Vermögensobjekt belastet, im anderen eine bestimmte Person (Real-, Personalkredit!); der Verpfändungsvertrag begründet nur eine Haftung — allerdings eine recht intensive —, der Bürgschaftsvertrag eine Schuld und eine ihr entsprechende — allerdings weniger intensive, wenn auch nicht auf ein bestimmtes Objekt beschränkte, sondern das ganze Vermögen ergreifende — Haftung. An geeigneter Stelle werden wir diese Ergebnisse verwerten.

Wir sind damit am Ende unserer begriffsvergleichenden Untersuchungen angelangt und kommen nunmehr zu einem weit weniger umfangreichen Teil:

§ 2. Die Formen der Pfandbestellung, verglichen mit der Form der Bürgschaft.

I. Die Pfandbestellung.

Im Gegensatz zum früheren, aber im Einklang mit alt-deutschrechtlichen Prinzipien ist das heutige Pfandrecht von dem Grundsatz der Publizität getragen. Zweck der Publizität ist die Stärkung des Realkredits, dem der Bestand heimlicher Pfandrechte nur nachteilig sein könnte.

Die Anerkennung dieses Grundsatzes zeigt sich:

1. beim Mobiliarpfand, worunter auch das Schiffspfand, soweit es sich um ein nicht eintragungsfähiges Schiff handelt, und das Inhaberpapierpfand fällt, darin, daß zur Bestellung des Pfandrechts außer der Einigung der Parteien die Einräumung des Besitzes erfordert ist (§§ 1205 I S. 1, 1206). „Der Besitz der Fahrnis wirkt als Rechtzeichen für die Pfandbelastung, er schafft für den Besitzer die Legitimation

als Pfandberechtigter[1])." Das constitutum possessorium, das zur Übereignung ausreicht, genügt zur Verpfändung nicht, wohl aber kann die Besitzübergabe durch gewisse andere Surrogate ersetzt werden; solche sind die brevi manu traditio (§ 1205 I S. 2) und die Abtretung des Herausgabeanspruchs, vorausgesetzt, daß der Verpfänder mittelbarer Besitzer ist und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt (§ 1205 II), wobei die Anzeige dem Publizitätsprinzip gerecht zu werden bestimmt ist. Schließlich sei an dieser Stelle noch an die Dispositionspapiere des HGB. erinnert — Konossemente, Ladescheine und Lagerscheine, mit deren Übergabe, vorausgesetzt, daß sie indossiert sind, der Besitz des Gutes übergeht, soweit es sich um Übereignung und Verpfändung handelt.

2. beim Immobiliar — und Schiffspfand — falls ein eingetragenes Schiff in Frage steht — darin, daß zu der Einigung die Eintragung in ein öffentliches Register, das Grundbuch oder Schiffsregister, hinzukommen muß (§§ 873, 1260).

3. beim Forderungspfand in der Anzeige der Verpfändung an den Schuldner (§ 1280)[2]).

Nicht berücksichtigt ist das Prinzip bei der Verpfändung sonstiger Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt[3]), eine Ausnahme, die aber nur in wenigen Fällen in die Erscheinung tritt. Das geht aus folgender Erwägung hervor: Gemäß § 1274 I erfolgt die Bestellung des Pfandrechtes an einem Rechte nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Soweit nun zur Übertragung des Rechts die Übergabe einer Sache erforderlich ist,

---

[1]) Endemann II 1 S. 907.

[2]) Vergl. ferner § 1292 für die Verpfändung indossabler Papiere!

[3]) Gierke II S. 1009.

sollen die Vorschriften der §§ 1205, 1206 Anwendung finden, d. h. es ist zur Begründung des Pfandrechts Besitzübertragung nötig, damit aber dem Publizitätsprinzip Genüge getan. Soweit die Wirksamkeit der Übertragung und mithin der Verpfändung durch eine Eintragung ins Grundbuch bedingt ist, kommt das Prinzip ebenfalls zur Geltung. Dasselbe gilt bei der Verpfändung von Forderungen, zu deren Übertragung der bloße Abtretungsvertrag genügt: es ist, wie oben schon betont, Anzeige an den Schuldner erforderlich (§ 1280).

Die Zahl der Rechte, bei deren Verpfändung der Grundsatz der Erkennbarkeit nicht zum Ausdruck kommt, ist also tatsächlich gering; als Hauptbeispiel läßt sich die Verpfändung von Urheberrechten anführen. Im ganzen ist der Grundsatz durchaus für die Gestaltung der die Pfandbestellung betreffenden gesetzlichen Vorschriften von entscheidendem Einfluß gewesen.

II. Der Bürgschaftsvertrag.

„Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich", § 766 S. 1. Nicht der ganze Vertrag also bedarf der Schriftform, sondern nur die Erklärung des Bürgen; die Annahme der Erklärung ist dem Formzwang nicht unterworfen. Grund der Bestimmung ist ein sozialpolitischer; sie bezweckt, dem Bürgen die Bedeutung des Verbürgungsaktes zum Bewußtsein zu bringen und ihn vor Übereilung zu schützen. Ein derartiger Schutz ist für den geschäfts- und verkehrsgewandten Vollkaufmann nicht nötig, daher genügt zu seiner Verhaftung die mündliche Bürgschaftserklä-

rung (§ 350 HGB.), vorausgesetzt, daß die Bürgschaft für ihn Handelsgeschäft ist.

Vergleichen wir die Formen der Pfandbestellung und der Bürgschaft, so zeigt sich, daß beide in dieser Beziehung gewissen Erschwerungen ausgesetzt sind — Faustpfand, Eintragung, Anzeige an einen Dritten einerseits, Schriftlichkeit anderseits —. Allerdings sind diese Erschwerungen zum Teil von verschiedenen Gesichtspunkten aus geschaffen worden — auf der einen Seite das Publizitätsprinzip, auf der anderen das „Schutzprinzip" in diesem Sinne! —, sie wirken aber trotzdem in einer Beziehung nach derselben Richtung. Eine jegliche Erschwerung ist dazu angetan, die Vornahme eines Aktes dem Vornehmenden zum Bewußtsein zu bringen. Wäre beispielsweise eine Fahrnisverpfändung ohne Besitzübertragung möglich, so stünden dem Verpfänder, da ihm die Sache weiter nicht entzogen wird, weniger Bedenken im Wege als bei der Faustpfandbestellung, wo das Pfandobjekt aus seinem unmittelbaren Bereich hinaustritt. Besonders nahe berühren sich Immobiliarpfandbestellung und Bürgschaft in dieser Hinsicht; das zeigt sich, wenn man § 873 II ins Auge faßt, der bekanntlich eine Bindung der Parteien vor der Eintragung nur unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt. Den Grund dafür geben die Motive III S. 175 an: „.....Es erscheint auch in der Tat nicht bedenklich, in denjenigen Fällen, in welchen diese Erklärungen vor dem Grundbuchamte abgegeben werden, mit ihrer Abgabe die Vertragschließenden als gebunden anzusehen. Bedenklich dagegen wäre die sofortige Bindung, wenn außerhalb des Grundbuchamtes der Vertrag unter den Parteien geschlossen wird. Sie würde die Verfügung über das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken zu sehr erleichtern, ja die Mobilisie-

rung des Grundbesitzes in gewissem Sinne fördern. Eine ausreichende Gewähr dafür, daß nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte am Grund und Boden verfügt wird, erhält man nur, wenn eine Gebundenheit der Vertragschließenden vor der Eintragung erst mit dem Zeitpunkte eintritt, in welchem dieselben ihrerseits alles getan haben, was das Gesetz verlangt, um die Rechtsänderung zur Vollendung zu bringen...."

Genau dieselben Gesichtspunkte, die zur Formalisierung des Bürgschaftsvertrages drängten! —

Es ist, weil am zweckmäßigsten, hier noch in Kürze darauf hinzuweisen, daß auf die Pfandbestellung die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, in großem Maße Anwendung finden, während dies für die Bürgschaft nicht gilt. Es ist also wohl möglich, daß die Sache einer Person ohne deren Zutun wirksam belastet wird, nicht aber vermag der gute Glaube des Gläubigers eine Bürgschaftsverpflichtung zu begründen; wenn z. B. X seinem Gläubiger eine gefälschte Bürgschaftserklärung mit der — ebenfalls gefälschten — Unterschrift des Y übergibt, so kann der gute Glaube des Gläubigers bei der Annahme dieser Urkunde den Y keineswegs binden[4]).

Weitere Erörterungen über die Frage des gutgläubigen Rechtserwerbs, dessen selbständige Wirkung übrigens auch beim Pfandrecht an Rechten ausgeschlossen ist, hier zu geben, verlohnt sich nicht; er ist ja grundsätzlich im ganzen Obligationenrecht ausgeschlossen, enthält also keine speziellen Probleme für das Bürgschaftsrecht und bietet daher für unseren Vergleich nur sekundäres Interesse.

[4]) Aus dem gutgläubigen Rechtserwerb erklärt sich zum Teil die Bedeutung der im Mobiliarpfandrecht getroffenen Unterscheidung von Verpfänder und Eigentümer!

§ 3. Die sich aus Pfandbestellung und Bürgschaft ergebenden persönlichen Beziehungen zwischen Pfandbesteller und Bürgen einerseits und dem Gläubiger andererseits.

Verlohnender ist es, die sich aus Pfandbestellung und Bürgschaft ergebenden persönlichen Beziehungen zu untersuchen. Daß solche aus dem Bürgschaftsverhältnis hervorgehen, ist bei seiner Eigenschaft als Schuldverhältnis nicht verwunderlich. Nicht so selbstverständlich ist das bei der Pfandbestellung. Sie schafft, wie wir oben dargelegt haben, eine Beziehung von Subjekt zu Objekt, das persönliche Moment tritt hinter dem sachlichen zurück, ganz natürlicherweise, da eben für den Pfandgläubiger ein dingliches Recht geschaffen wird. Indessen, aller persönlichen Beziehungen ist auch das Pfandrecht nicht bar; das zeigt sich am deutlichsten beim Rechtspfandrecht, bei dem die Befugnisse des Rechts zwischen den Berechtigten geteilt erscheinen[1]), — vergl. insbesondere §§ 1276 S. 1, II; 1281; 1283; 1285; 1286; 1288 — die Person des Verpfänders demzufolge nicht völlig verdrängt werden kann; es zeigt sich aber auch beim Sachpfandrecht, auch bei diesem lösen sich nicht alle persönlichen Bande.

1. Zunächst einmal erwirbt der Pfandgläubiger durch die Verpfändung nur ein beschränktes Recht an fremder Sache, im übrigen aber verbleibt sie in der Rechtssphäre des Eigentümers; infolgedessen muß es Rechtssätze geben, die hinsichtlich des Pfandobjektes das Verhältnis des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner regeln: das sind für das Fahrnispfandrecht die die Verwahrungs-, Anzeige- und Aus-

[1]) Crome III S. 9.

wechslungspflicht des Pfandgläubigers sowie dessen Schadensersatzanspruch, Anspruch auf Beseitigung von Störungen, auf Verwendungen usw. betreffenden Vorschriften; für das Immobiliarpfand verdienen besonders die §§ 1133—1135 genannt zu werden.

2. Diesem Komplex persönlicher Beziehungen gesellen sich diejenigen hinzu, die sich unmittelbar aus der Pfandbestellung als einem zwischen Gläubiger und Verpfänder abgeschlossenen Vertrage ergeben und in diesem Rechtsverhältnis ihre Grundlage finden, z. B. falls Geschäftsunfähigkeit oder Geschäftsbeschränktheit, Schein, Mangel der Ernstlichkeit, Verstoß gegen die guten Sitten und ähnliche Faktoren vorgelegen haben.

3. Schließlich ist noch eine Gruppe hervorzuheben, die Gruppe derjenigen Beziehungen, die sich aus der Akzessorietät der Pfandschuld ergeben und ihre unmittelbare Grundlage in dem Rechtsverhältnis des Gläubigers zum persönlichen Schuldner haben; an dieser Stelle sind vorzugsweise die Schutzmittel des Verpfänders zu nennen.

Also drei große Gruppen persönlicher Beziehungen! — aber nicht alle drei in gleicher Weise für unsere Aufgabe von Interesse; der Vergleichsmöglichkeit sind nach zwei Richtungen Grenzen gesetzt: Zunächst einmal können wir solche pfandrechtliche Normen, die lediglich den Zweck verfolgen, die Befugnisse und Pflichten von Pfandgläubiger und Pfandbesteller hinsichtlich des Pfandobjekts zu regeln, deshalb nicht zum Gegenstande unseres Vergleichs erheben, weil dem Bürgschaftsrecht als einem Inbegriff schuldrechtlicher Normen derartige Probleme fernliegen. Damit entfällt schon der erste Normenkomplex, aber auch der zweite ist für unsere Aufgabe von untergeordneter Bedeutung, er überschreitet die Grenze in der entgegengesetzten Richtung, denn es

handelt sich hier um solche Beziehungen, die weder der Pfandbestellung noch der Bürgschaft eigentümlich sind, sondern auch aus dem Abschluß anderer Rechtsgeschäfte heraus entstehen können. Von hervorragendem Interesse hingegen ist die Gruppe derjenigen Beziehungen, die auf der Akzessorietät der Pfandhaftung bezw. Bürgschaftsverpflichtung beruhen. Sie sollen nunmehr einer vergleichenden Betrachtung unterworfen werden; wir nehmen dabei unsern Ausgang von der Stellung des Verpfänders bezw. Bürgen und untersuchen, inwieweit das Recht der unselbständigen Natur ihrer Gebundenheit Rechnung getragen hat.

I. Umfang der Haftung bezw. Verpflichtung.

Aus der akzessorischen Qualität des Pfandrechts folgt, daß für den Umfang der Pfandhaftung die persönliche Forderung maßgebend sein muß; vergrößert sich die letztere, so tritt eine stärkere Belastung ein, verkleinert sie sich, so muß das auch dem Pfandbesteller zugute kommen, kurzum, die Pfandhaftung reguliert sich automatisch dem Stande der Forderung entsprechend.

Diesen Grundsatz stellt für das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten — denn für letzteres sind die für das Fahrnispfand geltenden Vorschriften gemäß § 1273 II für anwendbar erklärt — § 1210 I auf: „Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligen Bestand...“ Aus dieser Abhängigkeit der Pfandhaftung von der persönlichen Forderung folgt, daß rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen der Hauptobligation nicht ohne Einfluß auf die Pfandschuld bleiben können; der Verpfänder muß das Recht haben, alle Einwendungen

geltend zu machen, die sich aus der Stellung des persönlichen Schuldners ergeben, sowohl die rechtshindernden — z. B. der Hauptvertrag ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet — als auch die rechtsvernichtenden — z. B. Erfüllung, Aufrechnung, Erlaß —.

Kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 1210) haftet das Pfand:

1. für Zinsen und Vertragsstrafen,
2. für die Ansprüche des Gläubigers auf Ersatz von Verwendungen,
3. für die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sowie die Kosten des Pfandverkaufs.

Hingegen findet die Haftung ihre Grenze in der Bestimmung des § 1210 I S. 2, wonach für den Fall, daß der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes ist — also für uns von besonderem Interesse! — durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert wird. Soll sie hier ausgedehnt werden, so ist eine neue Pfandbestellung erforderlich[2]).

Was das Immobiliarpfand anbetrifft, so gelten für dasselbe nicht die gleichen Grundsätze wie beim Pfandrecht an Mobilien und an Rechten. Die Haftung des Grundstücks ist von vornherein in engeren Grenzen gehalten und steht der Beweglichkeit der vorhin betrachteten Pfänder nach. Das hat seinen Grund in den Normen des Grundbuchrechts. Da im praktischen Leben eine mehrfache Verpfändung einzelner Grundstücke weitaus häufiger vorkommt als die mehrfache Verpfändung einer Mobilie oder eines Rechts, und der Bodenkredit für den Geldverkehr eine weitaus größere Rolle spielt als andere, so bedarf es

---

[2]) Endemann II 1 S. 897.

straffer Rechtssätze, die dem Kapitalisten eine gewisse Garantie für seine Anlage verschaffen. Aus diesem Gesichtspunkt heraus mußten die Vorschriften entstehen, die das Rangverhältnis unter mehreren an demselben Grundstück bestehenden Rechten regeln, aus diesem Gesichtspunkt heraus durfte auch die Beweglichkeit des Immobiliarpfandrechts nicht zu sehr ausgedehnt werden.

Nach BGB. haftet das Grundstück zunächst einmal für eine bestimmte im Grundbuch eingetragene Geldsumme; ferner ohne daß eine Eintragung darüber erforderlich ist:

1. für die gesetzlichen Zinsen der Forderung, insbesondere die Verzugszinsen (§ 1118);

2. für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden, also dinglichen Rechtsverfolgung (§ 1118) — zur Rechtsverfolgung gehören sowohl Prozeß als Zwangsvollstreckung —.

Vertragliche Zinsen dagegen und sonstige Nebenforderungen sind nur gesichert, wenn sie eingetragen sind. Im übrigen gilt der Grundsatz, daß zu der Änderung einer Eintragung, die eine Mehrbelastung des Grundstücks darstellt, die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich ist, abgesehen von den beiden in § 1119 geregelten Ausnahmefällen, die von geringer Bedeutung sind.

Der Hauptunterschied zwischen Immobiliar- und Mobiliarpfand ist in dieser Hinsicht also der, daß ersteres für vertragliche Zinsen nur bei besonderer Verlautbarung, letzteres ipso jure haftet, und daß eine Haftung des Grundstücks für Vertragsstrafen im Gegensatz zu § 1210 nicht besteht; außerdem haftet das Fahrnispfand sowohl für die Kosten, die aus der Geltendmachung des persönlichen Anspruchs, als auch für diejenigen, die aus der Geltendmachung des

Pfandrechts entstanden sind[3]), während das Grundstückspfand nur für letztere haftet.

Haben wir schon beim Pfandrecht keine einheitliche Bestimmung für den Umfang der Belastung, so scheinen sich die Gegensätze noch zu vermehren, wenn wir unser Augenmerk auf das Bürgschaftsrecht richten. Eines ist allerdings dabei zu bedenken: Da die aus den Eigenarten des Grundstückspfandrechts sich ergebenden Rechtsgedanken weder beim Mobiliarpfand — noch beim Bürgschaftsrecht wiederkehren, so liegt die Vermutung nahe, daß die beiden letzteren untereinander mehr Berührungspunkte aufzuweisen haben als Fahrnis- und Grundstückspfand. Von dieser Seite aus betrachtet, würde sich die Gruppierung: Immobiliarpfandrecht einerseits, Fahrnispfand — (dem das Rechtspfandrecht in dieser Hinsicht gleichzustellen ist) und Bürgschaftsrecht anderseits besser vergleichen lassen, wobei dann die größere Beweglichkeit der beiden letzteren, d. h. ihre größere Anpassungsfähigkeit an die in ihrem Bestand veränderliche persönliche Forderung klar zutage träte. Indessen, so übereinstimmend sind die das Fahrnispfand und die Bürgschaft betreffenden Vorschriften doch nicht, daß sie einem Vergleich nicht unterworfen werden könnten. Stellen wir die §§ 767 und 1210 einander gegenüber, so stimmen beide in ihrem Hauptgrundsatz überein: für Bürgenverpflichtung und Pfandhaftung ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend, auch wird in beiden Fällen durch ein nachträglich vorgenommenes Rechtsgeschäft des Haupt- bzw. persönlichen Schuldners die Verpflichtung bzw. Haftung nicht vergrößert. Auch § 767 II und 1210 II stimmen miteinander überein — die Haf-

[3]) Motive III S. 803 ff., Biermann-Staudinger S. 643.

tung für Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen und die Kosten des Pfandverkaufs kann natürlich nicht in den Vergleich gezogen werden; sie hat ihren Grund in den begrifflichen Besonderheiten des Pfandrechts. —

In einem Punkte aber weichen die beiden Bestimmungen voneinander ab: während das Pfand für Zinsen schlechthin und Vertragsstrafen haftet, läßt sich gleiches für den Umfang der Bürgschaftsverpflichtung nicht behaupten. Vielmehr bringt meines Erachtens § 767 I zum Ausdruck, daß der Bürge außer für die Hauptverbindlichkeit nur für solche Nebenforderungen einzustehen hat, die nicht auf selbständigem Grunde beruhen; er haftet daher für Vertragszinsen und Vertragsstrafen nicht ipso iure — anders § 1210 I! —, sondern nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung[4]), ist also vom Gesetz besser gestellt als der Verpfänder. Die Meinung Cosacks[5]), es scheine, als hätten die Regeln über den Umfang der Pfandhaftung (§ 1210 I) und über den Umfang der Bürgenhaftung (§ 767) denselben Sinn, ist also nicht ganz zutreffend.

II. Die Einreden.

Pfandrecht und Bürgschaft können für einredebehaftete Forderungen bestehen; der akzessorischen Natur des Pfandrechts und der Bürgschaft entspricht es, dem Verpfänder bezw. Bürgen die dem persönlichen bezw. Hauptschuldner zustehenden Einreden zugute kommen zu lassen. Dazu ist folgendes termi-

---

[4]) Enneccerus I 2 S. 530; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 767; Oertmann S. 941.

[5]) Cosack II S. 308.

nologisch Wichtige zu bemerken: unter Einrede versteht die herrschende Lehre das Recht des Verpflichteten, die Erfüllung eines Anspruchs zu verweigern[6]; es muß also in erster Linie ein Verpflichteter vorhanden sein, gegen den sich ein Anspruch richtet. Nun kann man wohl von einer Bürgenverpflichtung und einem Anspruch gegen den Bürgen sprechen, nicht aber läßt sich diese Terminologie ohne weiteres auf das Pfandrecht übertragen. Wir haben schon oben ausgeführt, daß der Eigentümer resp. Verpfänder keine Leistung schuldet; infolgedessen ist auch ein Leistungsverweigerungsrecht desselben nicht vorhanden. Unter Einrede kann man hier nur das Recht verstehen, der Geltendmachung des Pfandrechts zu widersprechen[7]. Also im Grunde genommen zwei verschiedene Rechte unter demselben Namen! Indessen, die „Einrede", die wir beim Pfandrecht vorfinden, hat eine so große Ähnlichkeit mit der Einrede im hergebrachten Sinne — sie kann peremtorisch oder dilatorisch sein, sie wird nur berücksichtigt, wenn sie vom Grundeigentümer resp. Verpfänder vorgebracht wird, es kann auf sie verzichtet werden usw.[8] —, daß der Gesetzgeber durchaus berechtigt war, zur Vermeidung neuer Bezeichnungen die Widerspruchsrechte dieser Art, wie wir sie im Pfandrecht kennen lernen, ebenfalls als Einreden zu bezeichnen. Wir folgen dieser Ausdrucksweise des Gesetzes, sind uns aber bewußt, daß sie im Sinne der herrschenden Begriffsbestimmung der Einrede nicht ganz korrekt ist.

Welches sind nun die Einreden im einzelnen? — Für das Pfandrecht an beweglichen Sachen und

---

[6]) Vergl. Enneccerus I 1 S. 560.

[7]) Zustimmend Enneccerus I 1 S. 560—561, Wolff S. 491.

[8]) Vergl. Wolff S. 491.

an Rechten (§ 1273 II) kommt vor allem § 1211 in Betracht, für die Hypothek § 1137; inhaltlich sind sie einander vollständig gleich mit einer Ausnahme: Beim Immobiliarpfand stehen die Einreden dem Eigentümer zu, beim Pfandrecht des IX. Abschnitts dem Verpfänder; indessen ist man sich darüber einig, daß beim Fahrnispfandrecht auch der Eigentümer des Pfandes die Einreden hat[9]).

Den §§ 1211 und 1137 entsprechen im Bürgschaftsrecht die §§ 768 und 770. Grundsätzlich können sich danach Eigentümer, Verpfänder und Bürge in gleicher Weise die dem persönlichen bezw. Hauptschuldner zustehenden Einreden zunutze machen; alle drei haben, solange Anfechtungs- oder Aufrechnungsmöglichkeit besteht, eine aufschiebende Einrede; alle drei verlieren eine Einrede nicht dadurch, daß der persönliche resp. Hauptschuldner auf sie verzichtet; ausgeschlossen ist in allen drei Fällen die Einrede der beschränkten Erbenhaftung und die Einrede des Zwangsvergleichs (§ 193 KO.).

Soweit die Ähnlichkeiten; den ersten Unterschied finden wir im § 223 I: „die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen." Also die Einrede der Verjährung bleibt dem Eigentümer resp. Verpfänder verschlossen, nicht aber dem Bürgen — ein eminent wichtiger Vorteil für letzteren! Weiterhin steht dem Bürgen eine Einrede zu, die dem Pfandrecht unbekannt ist, die Einrede der Vorausklage, § 771 ff.; sie ist das Recht des Bürgen, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange

---

[9]) Vergl. Wolff S. 579, Biermann-Staudinger S. 644, Kretzschmar S. 645, Gierke II S. 981, Planck Bem. zu § 1211, Erwin Schultz S. 51.

nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht hat (§ 771), stellt also eine weitere Einengung der Bürgschaftsverpflichtung dar. Allerdings, die Bestimmung des § 771 enthält dispositives Recht, die Einrede kann durch Verzicht ausgeschlossen werden, außerdem ist sie in einer Reihe von Fällen kraft Gesetzes ausgeschlossen, indessen grundsätzlich steht sie dem Bürgen zu, und durch sie ist die Subsidiarität seiner Verpflichtung in helles Licht gesetzt.

Nur nebensächliche Bedeutung ist § 772 II zuzumessen; auch diese Bestimmung, nach welcher der Gläubiger, dem ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zusteht, aus dieser Sache Befriedigung suchen muß, bevor er sich an das Vermögen des Bürgen halten darf, entspricht dem Zweck und dem Grundsatz der Subsidiarität der Bürgschaft. Aber — das Recht muß an der Sache des Hauptschuldners bestehen, ein an Sachen Dritter bestehendes genügt nicht[10]), für die „Pfandbestellung für fremde Schuld", die wir zum Gegenstand unserer Erörterungen zu machen haben, kann die Bestimmung weiter nicht herangezogen werden, soll es aber auch gar nicht, vielmehr erwähnen wir sie nur, um gegenüber den pfandrechtlichen Bestimmungen ein weiteres Argument für die Subsidiarität der Bürgenverpflichtung vorzubringen, im übrigen aber muß an dieser Stelle nur ihre Unverwendbarkeit für unsere sonstigen Zwecke konstatiert werden.

Ergebnis: Hinsichtlich der Einreden ist der Bürge ebenfalls besser gestellt als der Verpfänder.

---

[10]) Oertmann S. 949, vergl. Schulz in Gruchot Band 50 S. 272.

§ 4. Die Beziehungen des Pfandbestellers bezw. Bürgen zum persönlichen bezw. Hauptschuldner.

Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Pfandbesteller bezw. Bürgen und dem persönlichen bezw. Hauptschuldner bestimmen sich im allgemeinen nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse[1]). Hiernach ist insbesondere die Frage zu entscheiden, ob und in welchem Umfange der Verpfänder resp. Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, gegen den persönlichen bezw. Hauptschuldner Regreß zu nehmen berechtigt ist. Daneben bestimmen §§ 774, 1143, 1225 ganz allgemein, daß ohne Rücksicht auf das interne Rechtsverhältnis, soweit der Bürge (Eigentümer, Verpfänder) den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen den Hauptschuldner bezw. persönlichen Schuldner auf ihn übergeht.

„Welchen dieser beiden Ansprüche der Bürge geltend machen will", behauptet Staudinger a. a. O. unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts Band 59 S. 209 und in Übereinstimmung mit Dernburg[2]), Crome[3]) und Planck[4]), „ist seinem Ermessen überlassen; er kann auch beide Ansprüche verbinden; hat er aber mit der einen Klage endgültig Befriedigung erlangt, so ist die andere Klage erloschen." Dementsprechend steht in Staudinger III Bem. Ib zu § 1143 zu lesen: „....ob zwischen dem Eigentümer und dem persönlichen

---

[1]) So Staudinger II 2 zu § 774 für das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner.

[2]) Dernburg § 289 III 3.

[3]) Crome § 297 Anm. 10.

[4]) Planck Bem. 1b zu § 774.

Schuldner ein besonderes Rechtsverhältnis obwaltet, ist für diese gesetzliche Rechtsfolge ohne Belang. Der Übergang tritt also auch dann ein, wenn dem Eigentümer kein Regreßrecht gegen den Schuldner zusteht."

Aus diesen Äußerungen ist zu entnehmen, daß Staudinger dem Verpfänder resp. Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, zwei voneinander unabhängige Wege weist, sich beim eigentlichen Schuldner schadlos zu halten.

Bevor wir die in Staudinger ausgesprochene Ansicht einer kritischen Betrachtung unterziehen, wollen wir noch feststellen, daß die pfandrechtlichen und bürgschaftsrechtlichen Normen hinsichtlich der Frage des Regresses durchaus gleichlauten. Dies gilt für den aus dem internen Rechtsverhältnis hergeleiteten Regreß, denn der Verpfänder hat als Mandatar oder negotiorum gestor keine weiter oder minder weit gehenden Ansprüche auf Ersatz seiner Aufwendungen als der Bürge in seiner Eigenschaft als Mandatar oder negotiorum gestor, und gilt ebenso für den selbständigen Regreß auf Grund der §§ 774 I, 1143 I und 1225 [5]), denn die beiden letztgenannten Bestimmungen verweisen auf die erstere. Wir brauchen daher nur das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner ins Auge zu fassen und sind uns dabei bewußt, daß die weiteren Ausführungen in gleicher Weise für das Verhältnis des Verpfänders und Eigentümers zum persönlichen Schuldner gelten.

Die Frage, mit der wir uns als dem Angelpunkt in dem Problem des Regresses nun des längeren zu befassen haben, ist die: Hat das Gesetz dem Regredienten tatsächlich zwei selbständige Ansprüche

---

[5]) Abweichungen ergeben sich, falls mehrere Verpfänder, Eigentümer oder Bürgen vorhanden sind. Für deren Verhältnis unter sich wird aber erst später zu sprechen sein.

gegen den Regressaten gegeben, oder erkennt es ihm nur einen einzigen — auf Ersatz der Auslagen gerichteten — Anspruch zu, diesen letzteren aber auf Grund zweier Gesetzesbestimmungen? m. a. W.: Haben wir es mit einer Konkurrenz von Ansprüchen zu tun oder mit einer solchen von Gesetzen? — Inwiefern die Stellungnahme zu dieser Frage von praktischer Bedeutung ist, wird später darzulegen sein; zunächst wollen wir versuchen, selbst einen Standpunkt zu ihr zu gewinnen. Da müssen wir denn in erster Linie einmal untersuchen, wodurch im allgemeinen ein Anspruch individualisiert wird.

An Individualisierungsmerkmalen kommen in Betracht[6]):

1. Die Personen des Berechtigten und Verpflichteten.
2. Der Inhalt des Anspruchs.
3. Der Grund des Anspruchs, d. h. die Tatsachen, aus denen der Anspruch hergeleitet wird.

Den in Ziffer 1 genannten Merkmalen nach zu urteilen würde die Beantwortung der Frage, ob der Regreß aus dem internen Verhältnis, den wir mit Reichel[6]) schlichten Erstattungsregreß nennen können, und der auf dem gesetzlichen „Übergang" der Forderung beruhende Nachschubregreß ein und derselbe sind, nicht schwer fallen. Nun liegen aber, um auf das zweite Individualisierungsmerkmal zu sprechen zu kommen, trotz Indentität der Subjekte zwei verschiedene Ansprüche dann vor, wenn der Inhalt der Leistung verschieden ist. Dies gilt selbst dann, wenn das wirtschaftliche Interesse, um dessen Befriedigung es sich handelt, ein einziges ist[7]). Untersuchen wir einmal die Regreßrechte des Bürgen auf

---

[6]) Reichel S. 566.
[7]) Hellwig, Lehrb. I § 37 S. 262.

dieses Kriterium hin! — Daß wir hiermit ein recht bestrittenes Kapitel anschneiden, wird sich gleich ergeben. —

Welchen Inhalt der auf dem internen Rechtsverhältnisse beruhende schlichte Erstattungsanspruch hat, ergeben die für das betreffende Verhältnis geltenden Normen ohne weiteres; nehmen wir beispielsweise einen Auftrag für vorliegend an, so kann der Regredient gemäß § 670 den Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf; dieser Ersatzanspruch ist grundsätzlich auf Geld gerichtet (§ 256). Stellen wir ihm den Subrogationsanspruch aus § 774 gegenüber, so scheint er sich auf den ersten Blick von dem Ersatzanspruch aus dem Auftragsverhältnis wesentlich zu unterscheiden. „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über", bestimmt das Gesetz.

Zu diesem „eine Reminiszenz an die römische cessio actionum darstellenden"[8]) Übergang der Forderung auf den zahlenden Bürgen bemerken die Motive II S. 674: „.... der § 676 (jetzt 774) beruht ..... auf der Unterstellung, daß der Bürge den Gläubiger nicht solvendi causa, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, befriedigt, so daß diese Forderung trotz der Befriedigung des Gläubigers bestehen bleibt"[9]). Siber akzeptiert diese Ansicht[10]):

---

[8]) von Tuhr I S. 280 Anm. 41.

[9]) Dementsprechend enthalten die Motive III S. 727 zu § 1094 II, dem heutigen § 1143, folgenden Passus: „Der Grundsatz, daß die Forderung durch die Befriedigung des Gläubigers aufgehoben wird, darf in diesem Falle nicht Platz greifen, da der Eigentümer, welcher die Leistung bewirkt, regelmäßig hierdurch nicht sowohl die Schuld zu tilgen als vielmehr das Gläubigerrecht zu erwerben beabsichtigt. Es steht ähnlich dem

„.....auch ihm (dem Bürgen) wird der Wille unterstellt, durch diese Leistung die Hauptschuld nicht zu erfüllen, sondern zu erwerben, obwohl seine unmaßgebliche Rechtsansicht oft dahin gehen wird, daß er die Hauptforderung erfülle und damit tilge“[11]).

Es braucht nicht wunder zu nehmen, wenn Fritz Schulz: Rückgriff und Weitergriff S. 27 ob solcher flauen Begründung in Zorn gerät[12]).

Dieser spiritualistischen Theorie, wie sie in den Motiven und in Sibers Ausführungen zum Ausdruck gelangt, steht eine realistische Fiktionstheorie gegenüber (Hartmann)[13]). Nach ihr erklärt sich der Fortbestand der Schuld des Hauptschuldners aus dem Zweck der Obligation. Durch die Zahlung werde der letztere nur relativ erfüllt, ihr erster Zweck, die Befriedigung des Gläubigers und die Befreiung des Bürgen werde damit erreicht, für den weiteren, den Regreßzweck aber bleibe sie bestehen. — Solche relativen Theorien sind an und für sich schon Erscheinungen zweifelhafter Natur, außerdem enthält auch die Theorie Hartmanns, wie schon ihr Name besagt, eine — den Anforderungen wissenschaftlicher Konstruktion nicht entsprechende, weil die tatsächliche Lage nur verschleiernde — Fiktion, denn „jener weitere Zweck der Obligation müßte doch wenigstens

---

Bürgen, durch dessen Leistung an den Gläubiger die Forderung nicht untergeht.“ Vergl. auch Motive III S. 816 zu § 1164 (dem heutigen § 1225).

[10]) Siber, Rechtszwang S. 248.

[11]) Ähnlicher Ansicht Oertmann zu § 774.

[12]) „Dieser ganz verlogene Spiritualismus braucht nur dargelegt, nicht widerlegt zu werden. Man sollte meinen, wir wären darüber hinaus, in dogmatischen Verzweiflungszuständen psychologische Momente in den Tatbestand hineinzuzaubern und den Parteien den und jenen Willen zu unterstellen, von dem sie selbst nichts wissen.“

[13]) Hartmann S. 46 ff.

Nebenmotiv der Parteien bei Eingehung der Obligation gewesen sein, was jedenfalls dann vollständig ausgeschlossen ist, wenn die Bürgschaft erst nach Eingehung der Hauptobligation abgeschlossen wird[14])."

Wiederum anders versuchen die Schriftsteller den „gesetzlichen Forderungsübergang" zu charakterisieren, die den Gedanken der cessio legis überhaupt verwerfen[15]); sie kennzeichnen die Regreßansprüche als selbständige „gesetzliche" Ersatzansprüche. — Wir sehen, daß recht verschiedenartige Konstruktionsversuche angestellt worden sind, indessen, gerade die an letzter Stelle genannte Theorie, die des gesetzlichen Ersatzanspruches, führt uns auf unseren Ausgangspunkt zurück; wir wollten den Inhalt des Regreßanspruchs ermitteln. Daß der Erstattungsanspruch aus dem internen Verhältnis grundsätzlich auf Geld gerichtet ist, haben wir schon oben angedeutet (S. 56). Wir haben aber in dem Teil unserer Darstellung, der den allgemein-begrifflichen Vergleich zum Gegenstande hatte, gesehen, daß Bürgschaft nicht nur zur Sicherung von Geldforderungen, sondern auch zur Sicherung von Obligationen geleistet werden kann, die eine beliebige andere Leistung zum Gegenstande haben[16]). Nimmt man nun einen wirklichen Übergang der Forderung auf den befriedigenden Bürgen an, so kommt man bei buchstäblicher Anwendung der Normen des BGB. mit den Gesetzen der Vernunft in Konflikt. Siber[17]) bringt dafür ein drastisches Beispiel: wenn ein Kom-

---

[14]) Schulz S. 27.

[15]) Vergl. Stammler S. 202 ff.

[16]) Vergl. die Dissertation von Stephan: Über die Bürgschaft für nicht auf Geld gerichtete Verbindlichkeiten 1911.

[17]) Siber S. 244/45.

merzienrat bei einem jungen Maler ein Porträt seiner Frau bestellt, und ein diesem befreundeter Bildhauer sich für ihn verbürgt, so müßte der Bürge, falls er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ein Bild der Frau Kommerzienrat erwerben. Zweifellos ein Ergebnis, das dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechen kann. Ein solches Ergebnis aber würde uns bei einer derartigen Rechtsanwendung stets beschert, wenn für eine Speziesschuld Bürgschaft geleistet wird, denn falls der Bürge die geschuldete Spezies angeschafft und dem Gläubiger geleistet hat, kann ihm — darin hat Siber Recht — mit einem Anspruch gegen den Hauptschuldner auf Wiederverschaffung der Spezies nicht gedient sein; das gleiche gilt sehr oft bei einer Bürgschaft für Gattungsschulden, weil der Bürge für den Leistungsgegenstand, den er vielleicht selbst erst anschaffen mußte, häufig gar keine Verwendung haben wird. — Von den Fällen, in denen die Hauptforderung nur durch Leistung an einen bestimmten Gläubiger erfüllt werden kann — Siber bringt als Beispiel die Forderung gegen einen Arzt auf Vornahme einer Operation — können wir absehen, eine solche kann schon gemäß §§ 412, 399 überhaupt nicht auf einen anderen Gläubiger übergehen. Schwierigkeiten sind ohnehin genug gegeben, wenn man für den Fall, daß eine Obligation der vorhergenannten Art in Frage steht, an dem wirklichen Forderungsübergange festhalten will[18]).

Indessen, sehen wir einmal ab von einer Kritik der Konstruktionsversuche, die den Zweck verfolgen,

---

[18]) Was den Regreß des Pfandbestellers angeht, so haben die eben vorgebrachten Bedenken für ihn natürlich, wenigstens soweit es sich um das Mobiliarpfandrecht handelt, auch Bedeutung, wenngleich nicht in demselben Maße, weil ja, wie oben festgestellt wurde, die Realisierung des Pfandrechts letzten Endes stets auf einen Geldbetrag abzielt.

die auf § 774 I beruhende Regreßforderung des Bürgen als stets auf Geld gerichtet zu charakterisieren! Wir wollen annehmen, es sei irgend einer Theorie gelungen, uns davon zu überzeugen; dann ist natürlich die Aussicht, eine Anspruchsidentität, also eine Gesetzeskonkurrenz festzustellen, erheblich besser geworden, denn, der Bürge mag auf Grund des internen Rechtsverhältnisses oder auf Grund des § 774 I gegen den Hauptschuldner vorgehen, in jedem Falle hat er einen auf Geld gerichteten Anspruch, es ist eine Gleichartigkeit der Leistungen gegeben; das ist aber auch alles, was wir feststellen können, Gleichartigkeit, nicht Gleichheit, nicht Identität! Es ist dies ein großer Unterschied, der nicht unbeachtet bleiben darf. So kann z. B. X aus Mandat oder negotiorum gestio den Betrag seiner Auslagen mit gesetzlichen Zinsen verlangen, während der Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner vielleicht eine größere Summe mit höheren Zinsen zum Inhalt hatte[19]). Nun ist zwar, worauf auch von Tuhr richtig hinweist, in § 774 dafür gesorgt, daß X trotz des „Überganges" der Forderung vom Hauptschuldner nicht mehr verlangen kann, als ihm aus seinem internen Verhältnis zum Hauptschuldner zukommt: „Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt." Der Anspruch aus der Subrogation wird also quantitativ stets durch den im internen Verhältnisse begründeten Anspruch nach obenhin begrenzt[20]), wir müssen uns aber fragen, ob dieser Satz auch in seiner Umkehrung dem Gesetze entspricht, mit anderen Worten, ob der aus dem Innenverhältnis entspringende Erstattungsanspruch seiner-

[19]) von Tuhr I S. 280.
[20]) Vergl. RGE. Band 61 S. 347.

seits durch den auf § 774 beruhenden Regreßanspruch begrenzt wird. Nur wenn auch das letztere der Fall ist, können wir für Anspruchsidentität und damit für Gesetzeskonkurrenz eintreten, andernfalls müssen wir uns, wenn wir zunächst von weiteren Bedenken absehen, für Verschiedenheit der Ansprüche entscheiden.

Aus § 774 ist eine Beantwortung der angeschnittenen Frage nicht möglich, das Gesetz enthält aber überhaupt keine Bestimmung darüber, so daß daran festzuhalten ist, daß ein quantitativer Unterschied durchaus möglich ist, genauer ausgedrückt: der Ersatzanspruch aus dem inneren Verhältnisse kann größer sein als der Regreß nach dem Subrogationsprinzip[21]). Nehmen wir beispielsweise an, der Bürge sei zugleich Mandatar, so kann er nicht nur den Betrag der bezahlten Schuld, sondern auch den Ersatz der mit der Ausführung des Auftrags verbundenen Auslagen und Kosten begehren. Weiterhin ist, worauf Koban hinweist, an die Fälle zu denken, in denen die Subrogation überhaupt nicht erfolgen, dessen ungeachtet aber dem Bürgen aus dem internen Verhältnisse ein Ersatzanspruch erwachsen kann, z. B. wenn ein Fall des § 412 verb. mit § 399 vorliegt.

Sind wir also oben von der Voraussetzung ausgegangen, daß sich die Identität eines Anspruchs durch dessen Inhalt bestimmt, so wäre die Entscheidung des Problems: Anspruchskonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz? bereits gefällt, und es würde sich eine Untersuchung hinsichtlich des dritten Individualisierungsmerkmales, des Grundes des Anspruchs, erübrigen, wenn es nicht in der Literatur eine Ansicht gäbe, die den Forderungsübergang, von dem § 774 Abs. I spricht, überhaupt bestreitet. So schreibt neuerdings von Tuhr I S. 280: „... Diese

[21]) Vergl. Koban S. 47 ff., Reichel S. 568.

Bevorzugung (des Bürgen) besteht nicht, wie das Gesetz sich ausdrückt, darin, daß der Regreßberechtigte einen zweiten Anspruch bekommt...., sondern darin, daß dem auf dem inneren Verhältnis bestehenden Regreßanspruch des Gesamtschuldners und Bürgen die Eigenschaften (z. B. Vorrecht im Konkurs) und Nebenrechte zukommen, welche mit dem Anspruch des befriedigten Gläubigers verbunden waren." Eine solche Interpretation des § 774 I muß selbstverständlich zur Verneinung der Anspruchskonkurrenz führen, weil eine Konkurrenz mehrere Bewerber voraussetzt, bei einer Auffassung derart, wie wir sie eben geschildert haben, aber nur einer übrig bleibt.

Nun leitet von Tuhr seine Behauptung von der Erwägung ab, daß es bei Gleichheit der Personen, des Inhalts und des Grundes des Anspruchs nur einen Anspruch geben könne. Da wir die Gleichheit des Inhalts bezweifelt haben, so müssen wir, wenn uns daran gelegen ist, eine Gesetzes-, nicht eine Anspruchskonkurrenz zu konstatieren, nach einem anderen Grunde Umschau halten. Ob sich einer finden wird, sollen die folgenden Erörterungen ergeben.

Die meisten Schriftsteller nehmen an, daß der Forderungsübergang auf den befriedigenden Bürgen kein fingierter, sondern ein wirklicher sei, und in der Tat, diese Denkform erscheint einleuchtend, denn daß eine Forderung, unbeschadet ihrer Identität, von dem ursprünglichen Gläubiger auf eine andere Person übertragen werden kann, ist sicher, und es ist kaum abzusehen, warum diese Möglichkeit nur für den Fall einer Übertragung kraft Rechtsgeschäfts, nicht auch für den Übergang kraft Gesetzes bestehen soll, zumal die Bedenken, die hinsichtlich des römisch-rechtlichen beneficium cedendarum actionum obwalteten und obwalten mußten, für das heutige Recht nicht mehr berechtigt sind.

Das beneficium cedendarum actionum gewährte dem Bürgen die Befugnis, bei Befriedigung des Gläubigers dessen Forderung gegen den Hauptschuldner sich durch ausdrücklichen Vertrag abtreten zu lassen, und zwar konnte er dieses Recht auch geltend machen, nachdem er bereits gezahlt hatte[22]). Eine direkte Regreßklage gegen den Hauptschuldner, wie sie dem heutigen Recht entspricht, war also dem Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner nicht gegeben. Der Grund dafür lag, wie wir den Ausführungen von Schulz[23]) entnehmen, wohl hauptsächlich in der allenthalben hervortretenden Abneigung der römischen Juristen, rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen Personen anzuerkennen, zwischen denen kein Rechtsgeschäft, kein negotium zustande gekommen ist. „Wenn man unter diesem Gesichtspunkt dem Bürgen gegen den Hauptschuldner .... eine direkte Regreßklage versagte, weil er ja nur mit dem Gläubiger ein negotium abgeschlossen hatte, wenn man so das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner ebenso wie das Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander als besonderes „Innenverhältnis“ aus der Struktur der Bürgschaft und der Gesamtschuld heraustrennte, — dann wurde das beneficium cedendarum actionum allerdings, wie man im gemeinen Rechte sagte, „eine Forderung der allgemeinsten Billigkeit“ —.

Die juristische Konstruktion der actio cessa machte den römischen Juristen einiges Kopfzerbrechen, denn die zu zedierende Klage mußte eigentlich untergegangen sein. Die Unterstellung einer emptio nominis vermochte den Widerspruch, daß der Zedent eine actio abtritt, die er selbst nicht mehr er-

---

[22]) Dernburg, Pandekten II S. 717.
[23]) Fritz Schulz S. 16 ff.

heben kann, nur notdürftig zu verdecken, nicht aber zu beseitigen[24]).

Hätte nun das BGB. dem Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, in Anlehnung an das römische Recht nur einen obligatorischen Anspruch auf Zession der berichtigten Forderung gegeben, so müßte der Widerspruch, in den sich die römischen Juristen verwickelt sahen, noch heute bestehen. Nun hat es aber dem Bürgen einen solchen Anspruch gar nicht verliehen, vielmehr nach dem Muster moderner Gesetzgebungen bestimmt, daß die Forderung des Gläubigers ipso jure auf den befriedigenden Bürgen übergeht. Das ist, vom Standpunkt der Logik betrachtet, ein gewaltiger Unterschied gegenüber dem römischen Recht. Stellen wir uns skalenförmig die Vorgänge von der Befriedigung des Gläubigers bis zum Übergang der actio bezw. Forderung auf den Bürgen zusammen, so konnte sich für das römische Recht folgende Reihe ergeben: Zahlung des Bürgen an den Gläubiger. Infolgedessen: Untergang der actio. Hierauf: Abtretung derselben an den Bürgen.

Für das deutsche Recht ist die Reihenfolge bei Beachtung der Ausdrucksweise des BGB. stets: Zahlung des Bürgen an den Gläubiger. Infolgedessen aber nicht Untergang, sondern Übergang der Forderung auf den Bürgen.

Wir sehen, dem logischen Widerspruch, der uns im römischen Recht begegnet, steht der durch das BGB. geschaffene kontinuierliche Zusammenhang der rechtlichen Vorgänge deutlich gegenüber. Die Denkform, deren sich der Gesetzgeber hinsichtlich des Nachschubregresses bedient hat, kann also einer vom Standpunkte der Logik aus erfolgenden kritischen Untersuchung durchaus standhalten. Infolgedessen

---

[24]) Vergl. von Tuhr in Grünhut Band 25 S. 565.

wird man in der Vorschrift des § 774 I, wenn man sie für sich allein ins Auge faßt, zunächst nicht die bloße Fiktion eines Forderungsüberganges ausgesprochen zu finden haben[25]). Da man anderseits das interne Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner nicht unbeachtet lassen kann, so ist es verständlich, wenn viele Autoren auch im Hinblick auf die — wenigstens scheinbare — Verschiedenheit der Gründe, auf die sich der Regreß stützen kann, eine Konkurrenz von Ansprüchen für vorliegend erachten und viel Scharfsinn auf die Klärung des Verhältnisses der verschiedenen Ansprüche zueinander verwenden. Meines Erachtens hat man dabei auf einer Grundlage aufgebaut, die nicht tief genug ist. Wohl hat man sorgfältig erwogen, ob ein den Anforderungen einer strengen Dogmatik entsprechender gesetzlicher Forderungsübergang an sich überhaupt möglich sei, hat es aber, wie oben schon betont, ohne Rücksicht auf etwa bestehende interne Rechtsverhältnisse getan, sich vielmehr damit begnügt, zu konstatieren, daß solche durch den gesetzlichen Forderungsübergang nicht berührt werden, und daraufhin das Augenmerk dem Verhältnis des einen Anspruchs zum andern zugewendet.

Was wir mit dieser kritischen Bemerkung besagen wollen, wird sich an einem Beispiel leicht veranschaulichen lassen. In der Abhandlung Kobans über den Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers steht auf S. 6 zu lesen: „Das Wesen des Subrogationsprinzips besteht darin, daß durch die Zahlung von

---

[25]) Vergl. beispielsweise Kremer S. 128: „Wir haben es vielmehr nach dem Gesetzeswortlaut mit einem wirklichen Forderungsübergang zu tun, so daß der Bürge für seinen Regreß wirklich zwei Ansprüche zur Auswahl nebeneinander hat". Ferner Schulz S. 9.

seiten eines Dritten die Obligation nicht ihr Ende findet (!), sondern die Gläubigerrechte auf den dritten Zahler übergehen. Bei der weiteren Fortbildung des im beneficium cedendarum actionum gelegenen Keimes des Subrogationsprinzips trat auch noch in der Art des Rechtsüberganges eine Wandlung ein, indem sich unter dem Einfluß des altfranzösischen und deutschen Rechtes die moderne Subrogation entwickelte, das ist der zufolge der Zahlung ipso jure erfolgende Übergang der alten Gläubigerrechte auf den zahlenden Bürgen. (!) Ohne daß ein förmlicher Zessionsakt erforderlich ist, tritt der Bürge bloß auf Grund der Zahlung, soweit dieselbe reicht, ipso jure, der veränderten Gestaltung der Zession entsprechend, nicht nur in die alten Klagerechte, sondern in die vollen alten Gläubigerrechte ein...."

Diesem Passus möchte ich einen weiteren, wenige Seiten später folgenden[26]) gegenüberstellen: „Daß dem zahlenden Bürgen wie überhaupt jedem Drittzahler außer diesem Regresse nach dem Subrogationsprinzipe auch nach österreichischem Rechte aus dem speziellen zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden inneren Verhältnisse als Mandatar oder negotiorum gestor ein Ersatzanspruch zustehen kann, wird von älteren österreichischen Schriftstellern häufig nicht besonders hervorgehoben, darf aber heute wohl als feststehend angesehen werden, wenngleich das Gesetz im Gegensatze zu den Entwürfen hiervon nicht ausdrücklich spricht. Der Bürge, wie jeder Drittzahler, tilgt eine fremde Schuld (!), er vollführt hierdurch ein fremdes Geschäft, daher müssen auch für ihn die allgemeinen, das Ersatzrecht bei Führung fremder Geschäfte normierenden Be-

[26]) S. 11 ff.

stimmungen des Gesetzes in Betracht kommen. Im deutschen Rechte weisen auf diesen selbständigen Regreßanspruch des Bürgen, der nie in Abrede gestellt wurde, die Anfangsworte des § 775 hin. Gleichfalls nicht zu bezweifeln ist es, daß auch der dritte Pfandeigentümer außer auf Grund seiner Subrogation auch als Mandatar oder negotiorum gestor regredieren kann".

Auf Grund der wiedergegebenen Erörterungen gelangt denn Koban — und zwar, was sehr bezeichnend ist, in der Einleitung seiner Abhandlung — wie viele andere zu dem Ergebnis, daß dem Bürgen (ebenso dem Pfandeigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist) zwei selbständige Ansprüche gegen den Hauptschuldner zu Gebote stehen, deren Verhältnis zueinander er im darauffolgenden Hauptteile untersucht.

Sehen wir uns, kurz gefaßt, die Tatsachen an, welche nach der Behauptung Kobans den Bürgen in den Stand setzen, sich an den Hauptschuldner zu halten, so ergibt sich für den Rückgriff aus dem internen Verhältnisse als Grund der Umstand, daß der Bürge die gegen den Hauptschuldner gerichtete Forderung des Gläubigers getilgt, für den Nachschubregreß gemäß § 774 I der Umstand, daß er die Forderung des Gläubigers überkommen hat — ein Ergebnis, das ich höchst seltsam finde. Im einen Falle soll der Untergang der Forderung, im anderen der Übergang derselben stattgefunden haben. Ja, besteht eigentlich nun die Forderung oder besteht sie nicht? —

Hier ist meines Erachtens die erste Stelle, wo der Hebel anzusetzen ist, um die Frage, ob Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz, zu lösen. Es kann nicht genügen, wenn man sich nur damit abgibt festzustellen, ob der gesetzliche Forderungsübergang, von

dem das BGB. spricht, an sich nach den Gesetzen der Logik ein wirklicher ist oder nicht, und anderseits aus dem Gesetz herauszulesen sich bemüht, daß es nicht bezwecke, aus dem Umstande, daß der Zahlende Bürge ist, für ihn bezüglich des Regresses eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln z. B. des Auftrags (§§ 662—75) zu begründen, und im Anschluß hieran ohne weiteres das Vorliegen konkurrierender Ansprüche behauptet. Das Problem reicht weiter: Nachdem die Möglichkeit eines mit den Normen der Logik übereinstimmenden gesetzlichen Forderungsüberganges an sich festgestellt ist, darf man sich nicht darauf beschränken zu untersuchen, wie ein solcher Forderungsübergang mit dem Anspruch aus dem internen Rechtsverhältnis zu vereinbaren ist, sondern es fragt sich, ob er sich überhaupt mit ihm vereinbaren läßt. Trifft das zu, so ist die Anspruchskonkurrenz nicht zu leugnen; andernfalls stehen wir vor der Aufgabe, einen Widerspruch des Gesetzes zu klären.

Nehmen wir an, ein Schuldner D beauftrage irgendeinen X, seine (des D) Schuld zu tilgen. Führt X diesen Auftrag aus, wozu er ja gemäß § 267 grundsätzlich befugt ist, so geht das Forderungsrecht des Gläubigers zweifellos unter. Daß X von dem Gläubiger etwa die Abtretung seiner Ansprüche gegen den Schuldner verlangen kann, ist nirgends bestimmt, ebensowenig tritt gesetzlicher Forderungsübergang ein[27]; das einzige Recht, das X hat, ist gegen D gerichtet und bezweckt die Erstattung der gemachten Aufwendungen aus dem Gesichtspunkt des Auftrags, § 670[28]).

---

[27]) Vergl. Fischer-Henle Bem. 5 zu § 267.

[28]) Die Frage, ob ein Regreßanspruch immer, d. h. auch dann vorhanden ist, wenn derjenige, der den Gläubiger be-

Stellen wir diesem Beispiel den Fall gegenüber, daß X als Bürge, und zwar lediglich als Bürge, d. h. ohne in einem Rechtsverhältnis zum Hauptschuldner zu stehen — wir wollen, wozu wir berechtigt sind, annehmen, es gäbe solche Fälle — den Gläubiger befriedigt, so geht, wenn wir § 774 I buchstäblich anwenden, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner D nicht unter, sondern auf X über.

Diese beiden Beispielsfälle sollen zeigen, daß dem Gesetz — von einer Kritik in rechtspolitischer Richtung sei abgesehen — der Vorwurf des Sichwidersprechens nicht gemacht werden kann, wenn X entweder nur auf Grund eines zwischen ihm und D bestehenden Rechtsverhältnisses oder nur als Bürge, also auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses, leistet. Der innere Widerspruch tritt, wie oben schon bemerkt, dann zutage, wenn X nicht lediglich Bürge ist, sondern obendrein in einem besonderen Rechtsverhältnis, etwa dem eines Auftrags, zu D steht, denn dem Übergang der Forderung aus dem einen Grund steht der Untergang aus dem anderen gegenüber. Es wäre recht sonderbar, wenn das Gesetz dem Bürgen nebeneinander zwei Ansprüche verleihen wollte, die auf Voraussetzungen beruhen, wie sie widerspruchsvoller nicht gedacht werden können. Ich kann Kremer nur Recht geben, wenn er S. 129 sagt: „.... freilich entstehen mit der Annahme zweier Konkurrenzansprüche ..... die allergrößten theoretischen Schwierigkeiten".

---

friedigt, sich weder vorher verbürgt hat noch zum Schuldner in dem Verhältnis eines Mandatars, neg. gestor oder sonstigem Verhältnis steht, anders ausgedrückt: die Frage, ob der Regreßanspruch der Erfüllung fremder Verbindlichkeiten schlechthin entspreche, wie Schulz S. 53 behauptet, kann hier dahingestellt bleiben.

Eine davon, und wohl die wichtigste, ja die eigentliche Schwierigkeit ist die, mit deren Beseitigung wir uns an dieser Stelle beschäftigen.

Wir wollen zunächst einmal die Frage aufwerfen, ob der Gesetzgeber dadurch, daß er den gesetzlichen Übergang der Forderung auf den befriedigenden Bürgen schuf, das Bestehen oder die Wirkungen des internen Verhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner unterbinden wollte. Die Antwort kann — von dem in § 775 getroffenen Ausnahmefall abgesehen — nur eine verneinende[29]) sein; Argument: zum ersten besagt § 774 I S. 3, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt bleiben sollen; die Existenz eines solchen ist also vorausgesetzt und durch die Bürgschaft nach den Intentionen des Gesetzgebers offenbar nicht in Frage gestellt. Außerdem ist auch auf § 775 zu achten, in dem unterstellt wird, daß sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt hat oder zu demselben im Verhältnis eines negotiorum gestor steht. Es läßt sich das interne Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner also nicht fortinterpretieren. Es läßt sich aber auch meines Erachtens die Annahme kaum rechtfertigen, § 774 I S. 1 sei lex specialis gegenüber den allgemein-schuldrechtlichen und den die Pflicht zum Aufwendungsersatz regelnden Normen aus dem internen Verhältnisse. Eine solche Behauptung kann übrigens nur von denjenigen aufgestellt werden, die das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz für vorliegend halten, denn es handelt sich um das Verhältnis einer lex specialis zu einer lex generalis. Ich möchte ein solches Spezialitätsverhältnis im Hinblick auf den gesetzespolitischen Zweck des § 774 ver-

[29]) Vergl. Koban S. 11 ff.

meinen. Wir hatten bereits oben hervorgehoben, daß der Erstattungsanspruch auf Grund des internen Rechtsverhältnisses unter Umständen weiter reichen, mehr umfassen kann als der Nachschubregreß, mit den Worten Reichels[30]), daß zwar der Umfang des Nachschubregresses in dem des Erstattungsregresses, nicht aber der Umfang des Erstattungsregresses in dem des Nachschubregresses seine obere Grenze findet.

Nun wollte das Gesetz mit der Aufstellung des § 771 I zweifellos die Lage des Bürgen im Verhältnis zum Hauptschuldner verbessern. Diese Absicht des Gesetzgebers wäre aber, wenn man den § 774 I als lex specialis ansehen wollte, in all den — gar nicht seltenen — Fällen gerade vereitelt, wo der interne Erstattungsanspruch die gesetzlich „übergegangene Forderung" übersteigt. Vermag aber § 774 die allgemeinen Bestimmungen nicht außer Kraft zu setzen, so läßt sich der interne Erstattungsanspruch aus dem Grunde der Tilgung der Hauptforderung nicht leugnen.

Auch dieser Versuch einer Lösung des Problems ist also recht bedenklich, eine Kombination des § 774 I mit den jeweils in Betracht kommenden Bestimmungen, die für das interne Verhältnis gelten, wegen der einander widersprechenden Rechtsfolgen nicht möglich — wenn eine Forderung erloschen ist, kann sie nicht mehr übergehen; entweder erlischt sie oder sie geht über! —, es bleibt nur eines übrig: Da sich eine mechanische Lösung als unmöglich erweist, so kann lediglich eine unter Abwägung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen erfolgende, den praktischen Bedürfnissen und den Zielen, denen das Gesetz dienen soll, entsprechende freie Behandlung des

---

[30]) S. 568.

Gesetzes zum Ziel führen[31]). Eine freie Behandlung des Gesetzes setzt aber stets voraus, daß man sich über seinen wirtschaftlichen Zweck im klaren ist. Kremer S. 127—28 ist der Ansicht, daß es mit der Bestimmung des § 774 I den auf dem internen Rechtsverhältnis beruhenden Regreßanspruch mit den Eigenschaften ausstatten wollte, die mit dem Anspruch des befriedigten Gläubigers verbunden waren. Daß es sich nicht damit begnügte, einfach zu bestimmen, daß Pfandrechte, Hypotheken und Vorzugsrechte der ursprünglichen Forderung des Gläubigers auf die besondere Ersatzforderung des Bürgen aus dem internen Verhältnis übergehen sollen, erkläre sich aus der Scheu vor einer Abweichung von allgemeinen Rechtsprinzipien. „Jene Akzessorien waren nämlich nur für die ursprüngliche Forderung und nicht auch für spätere, eventuelle Ersatzansprüche von Bürgen bestellt und können vielleicht, ohne daß dem Parteiwillen und der rechtlichen Gestaltung unnatürlich Zwang angetan wird, ohne jene erstere Forderung auf die letztgenannten Ansprüche kaum übergehen[32])."

Daß eine Abweichung von allgemeinen Prinzipien für die Lösung des Konflikts der Rechtsnormen immer noch das kleinere Übel wäre, wird wohl kaum bestritten werden können. Eine Konstruktion, die nicht davon abstehen kann, dem System zuliebe die Gesetze der Logik beiseite zu schieben, sie überhaupt ignoriert, ist sicher weniger einwandfrei. Übrigens geben diejenigen, die sich imstande fühlen, einen wirklichen Forderungsübergang zu verfechten, meistens zu, daß er „in Wirklichkeit" nur einen Ersatz der Auslagen bezwecke[33]), wobei sie in den Fällen, in denen für eine

[31]) Vergl. hierzu Lent S. 192 ff.

[32]) Vergl. Kremer S. 128.

[33]) Denn nichts anderes kann es bedeuten, wenn Koban

nicht auf Geld gerichtete Forderung Bürgschaft geleistet wird, auf die Schwierigkeit stoßen, entweder nachweisen zu müssen, daß § 774 S. 1 nur dann Platz greifen soll, wenn der Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen möglich ist und seinem Interesse entspricht, andernfalls der Bürge auf die Rückgriffsansprüche aus Auftrag, Geschäftsführung u. dergl. angewiesen sei und sich an die für den Hauptanspruch bestehenden Sicherungsrechte nicht halten könne[34]) — zweifellos eine unbefriedigende Lösung! — oder aber, wie Siber es tut, behaupten zu müssen, daß der Rückgriffsanspruch in den Fällen, wo das Interesse des Bürgen nicht auf Empfang des Gegenstandes der Hauptschuld geht, nur eine Ersatzleistung zum Inhalt hat. „Man wird annehmen müssen, daß sich in solchen Fällen die Hauptforderung unmittelbar durch die Leistung des Bürgen, also auch unabhängig vom Verzuge des Hauptschuldners, in einen Interesseanspruch umsetzt", eine Ansicht, die, wie sich noch zeigen wird, der unsrigen hinsichtlich des Ergebnisses bisweilen etwas ähneln kann, in der Konstruktion jedoch gänzlich von ihr verschieden ist.

Wir sehen also, daß die bereits bestehenden Theorien mit manchen Mitteln vorgehen müssen, um ein zweckdienliches Resultat zu erzielen, die notwendige Folge übertriebener Angst vor einer freien Interpretation des Gesetzes![35]) Faßte man den

---

S. 83 die Subrogation mit den Worten charakterisiert: „Verwendung des alten Forderungsrechts als Mittel zur Durchführung des aus dem internen Verhältnisse entspringenden Regresses".

[34]) Vergl. Siber S. 245.

[35]) Die Möglichkeit, daß auch für nicht auf Geld gerichtete Verbindlichkeiten Bürgschaft geleistet werden kann, benutzt Koban S. 47 zu dem Versuche, die Notwendigkeit des Bestehens zweier Regreßansprüche begreiflich zu machen.

Zweck des § 774 im Sinne Kremers auf, so ließe sich eine Ansicht aufstellen, die man wohl am besten in die von Reichel S. 566 — allerdings in anderem Sinne — gebrauchten Worte kleiden könnte: der Nachschubregreß ist ein Akzessorium des auf dem internen Verhältnisse beruhenden Erstattungsregresses. Die Bevorzugung des Bürgen bestünde nicht, wie das Gesetz sich ausdrückt, darin, daß der Regreßberechtigte einen zweiten Anspruch bekommt, sondern darin, daß dem auf dem inneren Verhältnis bestehenden Regreßanspruch des Bürgen die Eigenschaften (z. B. Vorrecht im Konkurs) und Nebenrechte zukommen, welche mit dem Anspruch des befriedigten Gläubigers verbunden waren[36]). Es würde demgemäß ex lege ein Übergang von Bürgschaften, Hypotheken und Pfändern auf die im internen Rechtsverhältnisse begründete Regreßforderung des Bürgen erfolgen[37]).

Sollen wir diese Ansicht einer kurzen Kritik unterziehen, so muß anerkannt werden, daß sie logisch ist und nicht an den vielen Schwächen anderer

---

„.... Auch noch in anderer Beziehung kann der Regreßanspruch aus dem inneren Verhältnisse für den zahlenden Bürgen qualitativ besser sein als der auf Grund des alten Forderungsrechts. Mit diesem kann nämlich der Bürge nur den Leistungsgegenstand der alten Obligation begehren; bestand nun derselbe nicht in Geld, sondern in einer anderen Leistung, in der Verschaffung einer Spezies oder in einer Handlung oder Unterlassung, die für den subrogierten Bürgen vielleicht keinen Wert hat, so kann sich auch aus diesem Grunde der stets auf Geldersatz gerichtete Regreßanspruch aus dem inneren Verhältnisse für den Bürgen als der qualitativ bessere erweisen" — — und der Zweck des Gesetzes, die für den Hauptanspruch bestehenden Sicherungsrechte dem Bürgen zugute kommen zu lassen, wäre in diesen Fällen illusorisch!

[36]) So im Ergebnis von Tuhr I S. 280—81.

[37]) Vergl. von Tuhr I S. 235 Anm. 18 b.

Theorien leidet. Einer Einwendung kann ich mich jedoch nicht enthalten. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der geschilderten Theorie ist, daß ein internes Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner besteht, kraft dessen ersterer von letzterem Ersatz zu verlangen berechtigt ist. Wenn aber ein solches fehlt? — Dann ist den Akzessorien, die übergehen sollen, die Basis entzogen! Allerdings, so gewichtig, als es auf den ersten Blick scheinen mag, ist der von uns erhobene Einwand nicht, denn zunächst einmal lehrt schon die Erfahrung des täglichen Lebens, daß die Fälle, in denen sich jemand dem Gläubiger eines Dritten als Bürge verpflichtet, ohne zu dem Dritten in irgendwelcher Beziehung zu stehen, recht selten sein müssen, denn „praktisch geschieht die Verbürgung meist auf Ansuchen und fast nie ohne Wissen des Schuldners; meist wird dieselbe sogar vorher ausgemacht, damit der Schuldner Kredit erlangt“ [38]). Zum zweiten aber lassen sich recht häufig Beziehungen, die dem Laien nicht bewußt sind, juristisch konstruieren — die klassische römische Jurisprudenz erkannte ja bekanntlich einen Ersatzanspruch auch nur an, soweit sie zwischen dem Regredienten und dem Regressaten ein negotium zu konstruieren imstande war [39]). —

Ob ein solches Rechtsverhältnis stets konstruiert werden kann — es ist bestritten —, wollen wir hier nicht weiter untersuchen, zuzugeben ist zum mindesten, daß die Annahme, als liege in einer Verbürgung regelmäßig eine eigentliche aufgetragene oder übernommene „Geschäftsbesorgung“ für den Schuldner [40]), im ganzen ziemlich gekünstelt ist [41]).

[38]) Kremer S. 137 Anm. 1.
[39]) Vergl. Schulz S. 40.
[40]) So z.B. Koban S. 77.
[41]) Vergl. Kremer S. 139, insbes. Anm. 4.

Jedenfalls aber kann nicht in Abrede gestellt werden, daß der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 774 I auch an Fälle gedacht hat, in denen ein Bürge zahlt, ohne zu dem Hauptschuldner in einem besonderen, an sich schon zum Regreß berechtigenden Rechtsverhältnis zu stehen[42]). Sonst hätte er im dritten Satze des § 774 I nicht gesagt: Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt, sondern wäre wohl in seiner Ausdrucksweise etwas bestimmter gewesen und hätte sich dahin ausgesprochen, daß Einwendungen aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt bleiben sollen. Hiermit ist meines Erachtens ein starkes Indiz, wenn nicht gar der Beweis dafür erbracht, daß es den Intentionen des Gesetzgebers nicht völlig genügen kann, wenn man als rechtspolitischen Zweck des § 774 nur den Übergang der an der erloschenen Hauptforderung haftenden Akzessorien auf den im internen Verhältnis begründeten Ersatzanspruch des Bürgen bezeichnet. Das Gesetz will mehr, es will dem Bürgen ohne Rücksicht auf etwa bestehende Beziehungen zum Hauptschuldner ein Recht gegen diesen geben. Daß es die Forderung des befriedigten Gläubigers nicht sein kann, haben wir oben dargetan, denn sie ist durch die Zahlung untergegangen, daß der Übergang der für sie bestehenden Sicherungs- und Vorzugsrechte auf den besonderen, den auf dem Innenverhältnis begründeten Regreßanspruch offenbar zu wenig ist, ebenfalls, folglich kann nur ein selbständiger Ersatzanspruch den Ab-

---

[42]) Vergl. Kremer S. 133: „Unrichtig wäre die Annahme, der gesetzliche Übergang geschehe nur, wenn und insoweit der Bürge ohnehin auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zum Hauptschuldner rückgriffsberechtigt wäre".

sichten des Gesetzgebers gerecht werden, ein Ersatzanspruch, der allein in der Beziehung des Bürgen zum Gläubiger wurzelt.

Dies ist unsere Ansicht, in dieser Form stellen wir uns den Regreßanspruch aus § 774 I vor. Um seinen Inhalt und sein Verhältnis zu dem etwa bestehenden besonderen Anspruch aus der Relation des Bürgen zum Hauptschuldner festzustellen, so muß entschieden davon ausgegangen werden, daß die beiden nicht identisch sind. Der Unterschied zwischen ihnen läßt sich am besten an Hand der trefflichen Ausführungen von Schulz S. 40, denen wir uns eng anschließen, entwickeln:

1. Erfüllt der Bürge eine fremde Verbindlichkeit innerhalb eines Rechtsverhältnisses mit dem Hauptschuldner, so entsteht die Regreßforderung lediglich aus dieser Beziehung zum Hauptschuldner; er erhält ersetzt seine Aufwendungen, nebst Zinsen (§ 256) und Kosten. Hauptbeispiel: Der Mandatar und negotiorum gestor.

2. Erfüllt der Bürge die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, ohne zu ihm in rechtlicher Beziehung zu stehen, allein innerhalb einer Relation zum Gläubiger, so kann sich der Regreßanspruch allein aus der Relation zum Gläubiger entwickeln, er muß sich herleiten vom Rechte des Gläubigers. Der Regredient erhält daher hier nicht seine Aufwendungen ersetzt, sondern das, was der jetzt befriedigte Gläubiger hätte verlangen können, nicht die Impensen, sondern die Liberation, das, wovon er den Schuldner freigemacht hat.

Im ersten Falle erhält also der Regredient ersetzt, was die Leistung, die er für den Dritten erbracht hat, für ihn, den Regredienten wert war, im zweiten, was sie dem Dritten, dem Regressaten wert ist. „Vom Rechte des Gläubigers aber kann der Regreß

stets hergeleitet werden, denn der Gläubiger hätte dem Regredienten die Forderung gegen den Hauptschuldner vor der Erfüllung auch zedieren könen.... Dieses Verhältnis ist es auch gewesen, das irregeleitet hat zu dem Glauben, in der Ersatzforderung hier wirklich die zedierte Gläubigerforderung vor sich zu haben. In Wahrheit handelt es sich um einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, nur daß sich Art und Maß des Ersatzes hier nicht wie sonst bestimmt nach der Lücke, die in das Vermögen des Ersatzberechtigten gerissen, sondern nach dem Plus, um welches das Vermögen des Ersatzpflichtigen vergrößert worden ist."

Dieser letzte Satz entscheidet die Frage, ob Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz vorliegt, im ersteren Sinne, denn es bedarf wohl keines weiteren Beweises, daß dem Plus, um welches das Vermögen des Ersatzpflichtigen vergrößert worden ist, das Minus in dem Vermögen des Ersatzberechtigten nicht zu entsprechen braucht, man denke nur an den Fall, daß dem Regredienten bei der Tilgung der Hauptschuld irgendwelche besondere Kosten erwachsen sind. Aus dem internen Rechtsverhältnis könnte er sie gegebenenfalls ersetzt verlangen, aus dem Regreßrecht gemäß § 774 kann er es nicht, weil hier der Wert, den die Leistung des Bürgen für den Hauptschuldner hat, die Grenze bildet.

Endergebnis unserer bisherigen Erörterungen ist also, daß dem Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, zwei selbständige Regreßansprüche gegen den Hauptschuldner zustehen, von denen der eine, der in § 774 begründete, den Vorzug hat, durch dieselben Akzessorien gesichert zu sein, die der untergegangenen Forderung des Gläubigers anhafteten. Da der Regreßanspruch gemäß § 774, wie wir gesehen

haben, den Wert der untergegangenen Forderung nicht übersteigt, so entgeht die hier vertretene Ansicht einer weiteren Schwierigkeit, mit der die zuletzt abgewiesene Theorie, wonach die Bedeutung des § 774 darin liegt, daß auf die im internen Rechtsverhältnisse begründete Regreßforderung des Bürgen die Akzessorien der untergegangenen Hauptforderung ex lege übergehen, zu kämpfen hat. Da der im Innenverhältnis begründete Regreßanspruch größer sein kann als der Wert der Hauptforderung, so muß sie sich, was aber, soweit ich sehe, unterlassen wird, mit der Frage beschäftigen, inwieweit die Hypotheken, Pfandrechte usw. auf den Regreßanspruch übergehen, wobei sie vor die Wahl gestellt ist, entweder nachzuweisen, daß die Sicherheiten nur für den Betrag der Aufwendungen haften, der dem Wert der untergegangenen Forderung entspricht, oder aber begreiflich zu machen, daß sie auch für den Mehrbetrag haften. In beiden Fällen dürfte die Begründung nicht leicht sein, ganz abgesehen davon, daß sie im ersten recht geschraubt erscheinen müßte, im zweiten kaum mit § 774 in Einklang zu bringen wäre.

Nun ist die Stellungnahme zu der Frage, ob man es mit einer Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz zu tun habe, nicht nur eine theoretisch, dogmatisch wichtige, sie ist auch für das praktische Rechtsleben nicht ohne Bedeutung. Diese zeigt sich sowohl auf dem Gebiete des materiellen als auf dem des formellen Rechts.

Was das materielle Recht betrifft, so haben wir schon oben darauf hingewiesen, daß die beiden Ansprüche quantitativ recht verschieden sein können; darüber brauchen wir an dieser Stelle nicht weiter zu sprechen. Hier ist noch auf die qualitativen Unterschiede hinzuweisen; auch sie beruhen

auf dem Grundgedanken unserer Ansicht, daß der zahlende Bürge gemäß § 774 I auf Grund seiner Zahlung nie besser — allerdings auch nicht schlechter — gestellt sein soll wie der Gläubiger es war. Es müssen mit dem gesetzlichen Regreßanspruch all die Vorteile und Nachteile verbunden sein, die mit der untergegangenen Forderung verbunden waren. Hat beispielsweise der Bürge den Gläubiger vor Fälligkeit der Forderung zulässigerweise befriedigt, so ist auch der Ersatzanspruch nicht fällig[43]). Desgleichen müssen auch die zur Zeit der Entstehung des Regreßanspruchs gegen die untergegangene Hauptforderung begründeten Einreden und Anfechtungs- sowie Aufrechnungsmöglichkeiten gegen den Regreßanspruch gegeben sein. Fernerhin muß sich für ihn konsequenterweise der Ablauf der Verjährungsfrist nach dem der Hauptforderung richten; es ist ja möglich, daß diese zu der Zeit, wo der Bürge Regreß nimmt, bereits verjährt gewesen wäre; in solchem Falle entspricht es dem Gesetze, daß der Schuldner auch dem Erstattungsanspruch gegenüber die Verjährung vorschützen kann[44]). Weiterhin bietet das Konkursrecht ein Beispiel. Es ist herrschende Lehre, daß im Falle eines Zwangserlasses der erlassene Teil der Konkursforderung als unvollkommene Verbindlichkeit fortbesteht[45]). Gemäß § 193 KO. wird die Haftung des Bürgen durch den Zwangsvergleich nicht berührt; er kann also vom Gläubiger für die volle Schuld in Anspruch genommen werden. Hat er ihn befriedigt und damit gemäß § 774 BGB. die Regreßforderung gegen den Hauptschuldner erlangt, so entbehrt diese hin-

---

[43]) Vergl. Kremer S. 131 ff., auch für die folgenden Ausführungen, und Koban S. 41 ff.

[44]) Vergl. Koban S. 46.

[45]) Vergl. z. B. Jaeger, Kommentar II S. 364.

sichtlich des die Quote des Zwangsvergleiches übersteigenden Restes der Klagbarkeit.

In all diesen Fällen ist es für den Bürgen regelmäßig vorteilhafter, wenn er sich auf den im internen Verhältnis begründeten Anspruch beruft. Gerade das an letzter Stelle gebrachte, aus dem Konkursrecht entnommene Beispiel zeigt das deutlich; nehmen wir an, der Bürge sei gleichzeitig Mandatar oder negotiorum gestor, so kann er im Hinblick auf dieses Verhältnis, falls den speziellen Voraussetzungen entsprochen ist, den Schuldner auf vollen Ersatz belangen, was nach Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit des Gemeinschuldners von praktischer Bedeutung wird[46]). In anderen Beziehungen wieder wird sich der auf § 774 beruhende Erstattungsanspruch der Qualität nach als der bessere erweisen, und zwar insofern, als sämtliche Privilegien und Sicherheiten, die für die untergegangene Hauptforderung bestanden, auch ihm zustatten kommen.

Welcher der beiden dem Bürgen zur Verfügung stehenden Ansprüche also der bessere sei, läßt sich nur für den konkreten Fall beantworten. Eine wissenschaftliche Vergleichung kann die Möglichkeiten, die denkbar sind, kaum übersehen; nur Beispiele lassen sich zur Veranschaulichung der Qualitätsunterschiede anführen. Die Rechtsverhältnisse zwischen Bürgen und Hauptschuldner sind eben zu großer und unbeschränkter Vielseitigkeit fähig, und das der Praxis allein zu entnehmende Material ist zu dürftig, um auch nur die Möglichkeit zu geben, diese Rechtsverhältnisse theoretisch irgendwie zu erschöpfen[47]). Außerdem darf nicht außer Acht gelassen werden, daß in den Fällen, in denen der Erstattungsanspruch auf

---

[46]) Koban S. 45.

[47]) Westerkamp II S. 489.

Grund des § 774 I vorteilhafter erscheint, der Vorteil durch den dritten Satz des zitierten Paragraphen häufig illusorisch wird. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Bürge donandi animo die Hauptschuld tilgte oder wenn er im Verhältnis zum Hauptschuldner der eigentliche Träger der Verbindlichkeit ist, z. B. im Falle des § 415 III. Hier kann natürlich ein Erstattungsanspruch auch auf Grund des § 774 I nicht durchdringen. Das interne Verhältnis wird sich in der Praxis meist als Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag entpuppen oder wenigstens als ein Verhältnis, auf welches Auftragsgrundsätze Anwendung finden; Beispiele: Das Verhältnis des Vereinsvorstandes zum Verein, § 27, das des geschäftsführenden zu den übrigen Gesellschaftern, § 713, des Ehemanns zur Ehefrau beim gesetzlichen Güterstand, § 1390, das des Vaters und der Mutter zum Kinde, §§ 1648, 1686, des Vormunds zum Mündel, § 1835 — vergl. auch § 1835 II, wonach Dienste des Vormunds, die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören, stets als Aufwendungen gelten —, des Pflegers zum Pflegling, § 1915, des Testamentsvollstreckers zum Erben, § 2218 u. a. mehr. Was den Anspruch aus Mandatsgrundsätzen gegenüber dem in § 774 begründeten Regreßanspruch insbesondere auszeichnet, ist der Umstand, daß er nicht nur auf Zahlung des Betrages gerichtet ist, mit dessen Hingabe die Hauptschuld getilgt wurde, sondern auch auf die Erstattung von Kosten, Auslagen und Zinsen abzielt. Einen weiteren Komplex interner Rechtsverhältnisse stellen die Gemeinschaftsverhältnisse dar; was sie angeht, so ist insbesondere auf § 51 KO. hinzuweisen, wonach wegen Forderungen, die sich auf ein solches Verhältnis gründen, abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangt werden kann; ein erheblicher

Vorteil gegenüber dem selbständigen Anspruch aus § 774! Schließlich ist noch auf die ungerechtfertigte Bereicherung als das zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis hinzuweisen. Auch ein Verhältnis der §§ 812 ff. dürfte als ein solches „Rechtsverhältnis" aufzufassen sein[48]), es fragt sich aber sehr, ob es neben dem Erstattungsanspruch aus § 774 überhaupt bestehen kann[49]). Für diejenigen, die einen wirklichen Übergang der Hauptforderung auf den befriedigenden Bürgen annehmen, ist die Beantwortung der Frage allerdings kaum zweifelhaft; geht nämlich die Forderung, wie sie beim Gläubiger bestand, auf den Bürgen über, so kann ja von einer Bereicherung des Hauptschuldners keine Rede sein. Eine solche könnte, wenn wir die Rechtslage vom Standpunkt der von uns vertretenen Theorie betrachten, eher für vorliegend erachtet werden, denn die Forderung des Hauptschuldners ist untergegangen, und die Befreiung von einer Verbindlichkeit ist zweifelsohne eine Bereicherung[50]). Diese Bereicherung wird aber durch den an die Stelle der untergegangenen Forderung tretenden Erstattungsanspruch aus § 774, der ihr ja qualitativ und quantitativ völlig entspricht, kompensiert; infolgedessen fallen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. fort, und es bleibt der Anspruch aus § 774 allein bestehen. Nicht annehmen darf man, es deckte sich dieser Anspruch mit dem aus der Bereicherung hergeleiteten, der letztere ist ein selbständiger, der die Eigenschaften des aus § 774 hergeleiteten Anspruchs nicht teilt, insbesondere hinsichtlich Beginn und Dauer der Verjährungsfrist eigenen Bestimmungen unterliegt.

Soviel die materiellrechtliche Seite unserer Er-

---

[48]), [49]) Vergl. Kremer S. 140.

[50]) Vergl. beispielsweise Enneccerus I 2 S. 594.

örterungen. Was das Prozeßrecht anbetrifft, so hat die Entscheidung der Frage: Anspruchs- oder Gesetzeskonkurrenz? in erster Linie Bedeutung für die Lehre von der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft.

Haben wir es nur mit einer Konkurrenz von Gesetzesvorschriften hinsichtlich ein und desselben Anspruchs zu tun, so enthält die in einem schwebenden Prozeß erfolgende nachträgliche Geltendmachung neuer rechtlicher Gesichtspunkte durch den Kläger keine Klageänderung[51]). Das notwendige Korrelat hierzu ist der Grundsatz, daß die Einrede der Rechtshängigkeit und daß die Rechtskraft entgegensteht, wenn der Kläger denselben Anspruch unter anderem rechtlichen Gesichtspunkte nochmals geltend macht[52]). Anders bei der Konkurrenz der Ansprüche. Hier ergibt sich als Grundsatz gerade das Gegenteil des eben für die Gesetzeskonkurrenz Gesagten. Konkurrierende Ansprüche können gleichzeitig oder nacheinander geltend gemacht werden, ohne daß durch Erhebung der Klage aus einem von ihnen der andere konsumiert oder gegen ihn die Einrede der Rechtshängigkeit begründet würde. Ebensowenig hindert die Abweisung des einen Anspruchs den Kläger an der Erhebung des anderen[53]). Nur ein zusprechendes Urteil vermag auch den Anspruch, den der Kläger nicht erhoben hat, zu beeinflussen. Das ergibt sich daraus, daß beide faktisch den gleichen Zwecken dienen; wird der eine Anspruch im Urteil zugesprochen und erfüllt, so kann man dem Kläger nicht gestatten, obendrein die Erfüllung des konkurrierenden zu verlangen, vielmehr

---

[51]) Vergl. Freudenthal Bem. 3 zu § 268 ZPO.
[52]) Hellwig, Anspruch S. 109.
[53]) Vergl. von Tuhr S. 284.

erlischt dieser ipso jure[54]). Es ist aber möglich, daß der eingeklagte Anspruch einen geringeren Inhalt hat als der andere, der nicht eingeklagt wurde. Ob in diesem Falle der Kläger, falls der erstere zugesprochen ist, hinsichtlich des überschießenden Betrages den zweiten geltend machen darf, ist bestritten[55]). Die Verneinung der Frage deckt sich mit der Behauptung, es liege eine alternative Anspruchskonkurrenz vor. Meines Erachtens steht, wenn der weniger weitgehende Anspruch zuerkannt ist, der Erhebung des anderen für den Mehrbetrag nichts entgegen, denn hier fällt der Grund, aus dem die Erhebung des ganzen Anspruchs unstatthaft ist, fort; er erlischt nur insoweit, als die beiden Ansprüche sich decken, im übrigen bleibt er bestehen[56]).

Schließlich ist noch ein Blick auf das Konkursrecht zu werfen und zu untersuchen, wie sich der Regreß gestaltet, wenn der Hauptschuldner in Zahlungsschwierigkeiten gerät[57]).

Zunächst einmal wollen wir den Erstattungsanspruch aus § 774 einer näheren Betrachtung würdigen.

Hat der Bürge den Gläubiger vor Eröffnung des Konkurses befriedigt, so tritt er für den ganzen von ihm gezahlten Betrag an die Stelle des Gläubigers und nimmt an dessen Stelle als Konkursgläubiger am Verfahren teil[58]). Befriedigt er ihn nach der Eröffnung des Konkurses, so ist zu unterscheiden:

---

[54]) Vergl. von Tuhr I S. 284; Hellwig, Anspruch S. 109.

[55]) Dafür von Tuhr I S. 284/85, und Reichel S. 568/69; dagegen Kremer S. 188.

[56]) Zustimmend von Tuhr S. 285, und Reichel S. 568.

[57]) Vergl. hierzu die Dissertationen von Erlanger und Wittenberg.

[58]) So auch Erlanger S. 13.

1. Hatte der Gläubiger seine Forderung nicht angemeldet, so kann der Bürge ex jure cesso nicht vorgehen, denn der „Rechtsübergang", wenn ich so sagen darf, hat sich erst nach Konkurseröffnung vollzogen[59]).

2. Hatte dagegen der Gläubiger angemeldet, und bezahlt nun der Bürge die Schuld während des Konkurses, so tritt er auf Grund des § 774 I in die Stellung des Gläubigers ein, d. h. er wird Konkursgläubiger, ohne anmelden zu müssen.

Lebhaft bestritten ist die Frage, ob und inwieweit der Bürge im Konkurs des Hauptschuldners regreßberechtigt ist, falls er während des Konkurses oder vor seiner Eröffnung nur einen Teil der Hauptschuld begleicht. Im ersteren Falle wird er die Regreßforderung nicht neben der Forderung des Gläubigers geltend machen dürfen. Das geht daraus hervor, daß Hauptschuldner und Bürge als Personen anzusehen sind, die im Sinne des § 68 KO. nebeneinander auf das Ganze haften[60]). Könnte der Bürge den auf ihn übergegangenen Teil der Forderung geltend machen, so würde für ein und dieselbe Schuld zweimal Zahlung zu leisten sein, ein recht unbefriedigendes Ergebnis!

Zahlt der Bürge vor der Eröffnung des Konkursverfahrens einen Teil der Hauptschuld, so wird die Lage wiederum problematisch. Soviel ist sicher: der Hauptgläubiger kann gemäß § 68 KO. nur die Restforderung im Konkurse anmelden, denn nur diese

---

[59]) Diese Ansicht habe ich von meinem Lehrer Kisch übernommen.

[60]) Erlanger S. 14: „.... wenn auch grundsätzlich der zur Einrede der Vorausklage berechtigte Bürge nicht neben, sondern hinter dem Gläubiger haftet, so wird doch eben durch den Konkurs, der in jedem Falle die Einrede gemäß § 773 I Z. 3 BGB. in Wegfall bringt, seine Haftung aufs Ganze im Sinne des § 68 KO. neben die des Hauptschuldners gerückt".

steht ihm bei der Eröffnung des Verfahrens noch zu[61]). Die hier interessierende Frage lautet dahin, ob der Bürge durch Anmeldung seiner Teilforderung nicht gegen den 2. Satz des § 774 I verstößt, wonach der Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Die Frage ist zu bejahen, denn durch die Anmeldung seines Anspruchs bewirkt der Bürge eine Vergrößerung der Passiven und dementsprechend eine Verringerung der Konkursdividende des Gläubigers. Eine gänzliche Ausschließung des Bürgen vom Verfahren wäre indessen unbillig, denn sie käme nicht nur dem einen Gläubiger zustatten, sondern allen, damit aber auch dem Hauptschuldner, und zwar insofern, als er um ebensoviel mehr von seiner Schuld befreit wird, als infolge des Ausschlusses des Bürgen von der Teilnahme am Verfahren die höhere Befriedigung der Konkursgläubiger möglich ist. Der Bürge wäre also recht schlecht gestellt, zumal seine Lage dem Grundsatz, daß im Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner der letztere allein der Belastete sein soll, stracks zuwiderlaufen würde. All den Auswegen, die man gesucht hat, glaube ich den von Erlanger S. 16 vorgeschlagenen[62]) vorziehen zu müssen. Danach darf der Bürge den Erstattungsanspruch („den übergegangenen Teil der Hauptforderung") im Konkurse anmelden, muß jedoch dem Gläubiger den Verlust ersetzen, den dieser durch die Anmeldung erleidet, indem er zugunsten der Konkursdividende des Gläubigers auf den dem Verlust des Gläubigers entsprechenden Teil seiner eigenen Dividende verzichtet.

---

[61]) Vergl. Erlanger S. 14.

[62]) Ob Erlanger ihn originär gefunden oder von anderen Autoren übernommen hat, geht aus seiner Abhandlung nicht hervor.

Was nun die Rechte des Bürgen aus dem — natürlich vor Eröffnung des Konkursverfahrens begründeten — internen Verhältnis betrifft, so wird sich zeigen, daß sie ihm unter Umständen mehr nützen als der Regreßanspruch aus § 774. Wir hatten vorhin gesehen, daß der Bürge, falls er den Gläubiger, der seine Forderung nicht angemeldet hatte, während des Konkurses befriedigt, ex jure cesso gegen die Masse nicht vorgehen kann. Wohl aber kann er anmelden, wenn er seine Regreßforderung aus dem Innenverhältnis zum Hauptschuldner herleitet; dazu berechtigt ihn § 67 KO. Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen zwar nur zu einer Sicherung; daß sie aber angemeldet werden können, darüber besteht gar kein Zweifel. Eher gibt zu Zweifeln Anlaß die Frage, ob solche Ersatzforderungen, die dadurch entstehen, daß jemand eine vor der Eröffnung des Konkursverfahrens übernommene Pflicht gegen den Kridar nach der Eröffnung ausführt, als aufschiebend bedingte bezeichnet werden können. Man wird es aber wohl bejahen dürfen. Nehmen wir einmal an, es bestünde zwischen Bürgen und Hauptschuldner ein Auftragsverhältnis; ein solches Verhältnis enthält die Pflicht des Auftraggebers, die notwendigen Auslagen zu ersetzen, denn diese Pflicht „gehört zum Wesen des Auftrags und muß daher von vornherein bedingt gegeben sein“ [63]). Allerdings handelt es sich in Fällen dieser Art um sogenannte condiciones juris, allein Theorie und Praxis sind fast einmütig der Ansicht, daß solche Reflexforderungen, wie wir sie hier vor uns haben, dem § 67 unterfallen.

Soviel zu der konkursrechtlichen Seite unserer bisherigen Abhandlung. Sie hat uns gezeigt, daß es

---

[63]) Erlanger S. 17/18; vergl. Wendt S. 10 ff., Erlinghagen S. 8.

für den regreßnehmenden Bürgen durchaus nicht gleichgültig ist, ob er den einen oder anderen Anspruch geltend machen will. Jeder hat seine Vorteile, wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß häufig, nämlich dann, wenn die Forderung des Gläubigers mit Vorzugs- oder Absonderungsrechten ausgestattet ist, der Regreß ex jure cesso sich als der vorteilhaftere erweisen wird.

Bisher verliefen — wir haben bei Beginn dieses Abschnittes schon darauf hingewiesen — unsere Untersuchungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner in derselben Richtung, wie eine Untersuchung hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Verpfänder und persönlichem Schuldner verlaufen würde[64]).

Nun enthält aber das Bürgschaftsrecht eine Vorschrift, die in den das Pfandrecht regelnden Normen keine Parallelvorschrift findet: die Bestimmung über den Liberationsanspruch (§ 775). Dazu bemerkt Planck[65]): „Macht ein Beauftragter zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann er nach § 670 dafür Ersatz von dem Auftraggeber verlangen. Nach § 257 begreift das Recht, Ersatz für die zu einem bestimmten Zwecke gemachten Aufwendungen zu verlangen, auch das Recht in sich, Befreiung von einer Verbindlichkeit zu fordern, die zu dem betreffenden Zwecke eingegangen ist. Hieraus könnte gefolgert werden, daß der Bürge, welcher im Auftrage des Hauptschuldners sich verbürgt hat, Be-

---

[64]) Die Sonderbestimmung des § 1164, die an sich als Gegenstück zu § 1143 in diesen Teil unserer Betrachtung fiele, eignet sich, da sie auch dem Mobiliarpfandrecht fremd ist, nicht zum Vergleich.

[65]) Planck Bem. zu § 775.

freiung von der eingegangenen Bürgschaftsverbindlichkeit von dem Hauptschuldner verlangen könne. Man könnte aber auch aus dem Zwecke eines Auftrages der fraglichen Art folgern, daß nach der Absicht der Parteien das Recht des Beauftragten, Befreiung zu verlangen, ausgeschlossen und der Beauftragte darauf beschränkt sein solle, Ersatz seiner Aufwendungen für den Fall zu fordern, daß er die eingegangene Verbindlichkeit erfüllt habe. Diese Zweifel werden durch § 775 beseitigt. Im Anschluß an das bestehende Recht wird ein Mittelweg eingeschlagen. Der Anspruch auf Befreiung soll zwar nicht ausgeschlossen sein, aber dem Beauftragten nur unter den in § 775 I bestimmten Voraussetzungen zustehen.... Aus § 775, insbesondere Nr. 4 folgt, daß der Bürge, auch wenn er als Beauftragter erscheint, nicht das Recht hat, für die zum Zwecke der Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit erforderlichen Aufwendungen Vorschuß zu verlangen (§ 669), daß vielmehr auch an Stelle dieses Rechts das Recht tritt, unter den im § 775 bezeichneten Voraussetzungen Befreiung zu verlangen".

Planck erklärt also die Existenz des § 775 aus der Notwendigkeit, Zweifel über die Tragweite eines Verbürgungsauftrages zu beheben, wobei er aber meines Erachtens dem Wesen der Verbürgung nicht völlig gerecht wird; wenn er nach Angabe der ersten Auffassungsmöglichkeit sagt: „Man könnte aber auch ..... folgern, daß nach der Absicht der Parteien das Recht des Beauftragten, Befreiung zu verlangen, ausgeschlossen und der Beauftragte darauf beschränkt sein soll, Ersatz seiner Aufwendungen für den Fall zu fordern, daß er die eingegangene Verbindlichkeit erfüllt habe", so hört sich das so an, als ob der Liberationsanspruch, falls § 775 nicht bestände, nur dann als ausgeschlossen anzusehen wäre, wenn der Auftrag

in dem Sinne erteilt ist, daß der Beauftragte auch erfüllen soll. Als Regelfall des Verbürgungsauftrags ist aber ein Auftrag diesen Inhalts nicht zu bezeichnen[66]), vielmehr wird der Bürge nach Absicht der Parteien die Bürgschaftsschuld regelmäßig nicht zu erfüllen, sondern nur zu tragen haben[67]), [68]). Trotzdem wird man auch hier dem Bürgen den Befreiungsanspruch grundsätzlich versagen müssen — wenn auch nur für gewisse Zeit —, denn welchen Zweck hätte sonst überhaupt die Bürgschaft? Wenn der Auftrag nicht wenigstens den Inhalt hätte, daß der Bürge innerhalb gewisser Zeit verpflichtet bleiben und auf seine alsbaldige Befreiung durch den Schuldner verzichten will, würde er ja meist die Lage des Hauptschuldners nur erschweren, indem der letztere dann durch den Bürgen gleich zur Zahlung gedrängt würde[69]). Diesem Gedankengang entsprechend gewährt das BGB. nur ausnahmsweise den Befreiungsanspruch, nämlich dann, wenn die Gefahr vorhanden ist, daß der Bürge selbst in Anspruch genommen wird, trifft also in § 775 eine die allgemeinen Regeln außer Kraft setzende Sonderbestimmung; insbesondere kann aus § 670 in Verbindung mit § 257 kein weitergehender Befreiungsanspruch hergeleitet werden[70]).

Dieser in § 775 geregelte Befreiungsanspruch nun,

---

[66]) Anderer Ansicht Hasenbalg S. 694 ff.

[67]) So Kremer S. 114/15; vergl. auch von Tuhr: actio de in rem verso S. 61: „durch Verbürgung stellt man dem Schuldner zwar seinen Kredit, nicht aber seine Barmittel zur Verfügung". Derselben Ansicht Oertmann S. 955, unterscheidend Koban S. 17.

[68]) Anders ist natürlich für das Außenverhältnis zum Gläubiger zu entscheiden.

[69]) Kremer S. 115.

[70]) Oertmann S. 955.

den man in gewissem Sinne noch zu den Regreßrechten zählen kann — Crome II 2 S. 886: „Nur eine Art antizipierten Regresses ist es, daß der Bürge unter Umständen vom Hauptschuldner schon vor Zahlung Befreiung von der Bürgschaft oder wenigstens Sicherstellung verlangen kann" — sucht in den pfandrechtlichen Normen vergeblich seinesgleichen; eine spezielle Bestimmung fehlt. Unsere Aufgabe aber macht es erforderlich, dem Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner das des Verpfänders resp. Eigentümers zum persönlichen Schuldner gegenüber zu stellen. Über den Regreß im herkömmlichen Sinne wurde schon oben gehandelt, er weist, wie wir gesehen haben, keine Besonderheiten auf. Hier ist auf Grund der Rechtslage, die sich ergibt, wenn der persönliche Schuldner einen Dritten beauftragt, für seine — des persönlichen Schuldners — Verbindlichkeit ein Pfand zu bestellen, zu untersuchen, zu wessen Gunsten der Vergleich ausfällt, wenn wir die Rechte des Verpfänders gegen den persönlichen Schuldner vor der Realisierung der Pfandhaftung betrachten.

Durch die Annahme eines Interzessionsauftrages der Art, wie wir ihn hier zu behandeln haben, nimmt ein Dritter die Verpflichtung auf sich, dem Gläubiger des persönlichen Schuldners ein Pfand zu bestellen. Sobald aber die Interzession in Ausführung eines Auftrages des persönlichen Schuldners an den Interzedenten erfolgt, bleibt intern der Urschuldner der allein Belastete. Der Auftrag ist nicht geeignet, einer Vermögensverschiebung zwischen den Parteien zu dienen[71]); in dieser Hinsicht ist es gleichgültig, ob wir es mit einem Verbürgungs-, Verpfändungs- oder einem sonstigen Auftrag zu tun haben: Die Besorgung der Geschäfte wird nicht als vermögensvermindernde

[71]) Westerkamp S. 494.

Verpflichtung übernommen[72]). Nun macht der Interzessionsvertrag eine Vermögensminderung auf Seiten des Interzedenten unumgänglich. In dem hier zu betrachtenden Falle liegt sie darin, daß der Interzedent dem Gläubiger ein dingliches Recht an einem ihm — dem Interzedenten — gehörenden Vermögensstück verschafft. Eine Vermögensverminderung ist aber nach Auftragsgrundsätzen nicht vom Beauftragten, sondern vom Auftraggeber zu tragen. Dem entspricht die in § 670 getroffene Bestimmung des Gesetzes, wonach der Auftraggeber dem Beauftragten zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet ist; auch die Vorschußpflicht erklärt sich aus diesem Gesichtspunkt.

Aufwendungen nun sind Vermögensverluste, die absichtlich zur Erreichung gewisser Zwecke herbeigeführt worden sind; welcher Art dieser Vermögensverlust ist, kann gleichgültig sein. Also auch die Pfandbestellung bedeutet daher eine Aufwendung, denn durch sie vermindert der Verpfänder, wie schon betont, sein Vermögen. Diese Aufwendung ist natürlich zu ersetzen; fraglich aber ist zweierlei:

1. Wie ist diese Aufwendung zu ersetzen?
2. Wann ist sie zu ersetzen?

Hinsichtlich der ersten Frage ist denkbar Geld — oder Naturalrestitution. Während nun beim Schadensersatz der — allerdings von wichtigen Ausnahmen durchbrochene — Grundsatz der Naturalrestitution gilt, ist eine auf Ersatz von Aufwendungen gerichtete Verbindlichkeit, wie oben bereits erwähnt, grundsätzlich stets auf Geld gerichtet. Eine Ausnahme statuiert das Gesetz in § 257: Wer eine Verbindlichkeit eingegangen ist, kann Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen, denn diesenfalls erweist sich ein auf Geld gerichteter Regreß als unangemessen.

---

[72]) Enneccerus S. 451.

„Der Vermögensnachteil, der durch die Schuldbelastung herbeigeführt wird, kann vollkommen wieder aufgehoben werden, indem die Schuld dem Geschäftsführer abgenommen wird[73])." Ist also eine Schuldbelastung zu Interzessionszwecken erfolgt, so ist das Nächstliegende, den Interzedenten zu liberieren. —

Nun macht von Tuhr: Actio de in rem verso S. 49/50 über die Interzession durch Pfandbestellung einige bemerkenswerte Äußerungen, die, obwohl auf das gemeine Recht bezüglich, auch heute noch Geltung beanspruchen können: „... zur Geschäftsführung durch Interzession gehört auch die Verpfändung einer Sache in fremdem Interesse. Zwar könnte man darin eine „erogatio" des Geschäftsführers sehen wollen, denn er vermindert seine Aktiva durch konstitutive Veräußerung eines dinglichen Rechts, aber der Verlust, dem er sich unterzieht, ist ebenso wie bei Eingehung einer Schuld, weder sofort wirksam noch definitiv, darum auch schwer in Geld zu schätzen. Am angemessensten ist daher auch in diesem Falle die Naturalrestitution, also die Befreiung von der Pfandhaftung.

Die Literatur schweigt sich übrigens für das geltende Recht dazu aus, die Ansicht, die wir hier vertreten, wird aber nirgends bestritten, ich sehe auch keinen Grund, der gegen eine entsprechende Anwendung des § 257 sprechen sollte. —

Zur zweiten Frage ist folgendes zu bemerken:

Dem Bürgen sind, wie wir ausgeführt haben, infolge der speziellen Regelung des § 775 weitere Mittel, die auf eine Befreiung von der Bürgschaftsschuld abzielen, versagt. Mangels einer ähnlichen Bestimmung im Pfandrecht könnte man versucht sein an-

[73]) von Tuhr actio S. 47.

zunehmen, daß dem Beauftragten die das Auftragsverhältnis regelnden gesetzlichen Normen, insbesondere § 670, uneingeschränkt zu Gebote stehen. Daß ein derartiges Ergebnis dem Zweck der Pfandbestellung stracks zuwiderläuft, ergibt sich aus denselben Erwägungen, wie sie Kremer für die Verbürgung angestellt hat[74]).

Der Auftrag ist ein Vertrag, den einzugehen der Pfandbesteller nicht verpflichtet ist; es steht in seinem freien Belieben, ein solches Geschäft abzuschließen, welches ihm lediglich nachteilig werden kann. Der Zweck des Verpfändungsauftrags aber ist, einen dem Verpfänder gehörenden Vermögenswert für die Schuld des Auftraggebers zu verhaften, also neben dem Vermögen des persönlichen Schuldners noch ein fremdes Vermögensobjekt der Rechtsmacht des Gläubigers zu unterwerfen. Diese Haftung wird der Verpfänder nach Absicht der Parteien selbst zu tragen haben, denn sonst wäre die Erteilung des Verpfändungsauftrages ja überflüssig. Außerdem würde auch hier wie beim Verbürgungsauftrag die Lage des persönlichen Schuldners nur erschwert, wenn man dem Pfandbesteller einen uneingeschränkten Anspruch auf Befreiung von der Pfandhaftung geben wollte. Da der Erstattungsanspruch aus § 670 sofort mit seiner Entstehung fällig wird, so würde durch die Pfandbestellung der persönliche Schuldner gleich zur Zahlung gedrängt, mithin ein Erfolg erreicht, den die Pfandbestellung gerade vermeiden soll. Ihr Zweck wird nur dann erfüllt, wenn man den Inhalt des Verpfändungsauftrages in ähnlichem Sinne wie beim Verbürgungsauftrag erfaßt. In der Natur der in Auftrag gegebenen Geschäftsbesorgung liegt eine Kreditierung

---

[74]) Kremer S. 114 ff.

des Pfandbestellers an den persönlichen Schuldner[75]). „Der Zweck der kumulativen Interzession erfordert in der Regel einen Aufschub des Regresses: Dem Schuldner soll Kredit verschafft oder verlängert werden, ein sofort angestellter Regreß würde daher gegen den Sinn des Mandats resp. die utilitas der Geschäftsführung verstoßen[76])." Fraglich aber kann es erscheinen, in welchem Zeitpunkt die Verpflichtung zur Kreditierung ihr Ende findet. Für die Bürgschaft ist diese Frage in § 775 geregelt, für die Pfandbestellung fehlt, wie oben schon hervorgehoben, eine entsprechende Bestimmung. Nun ließe sich ja, wie es Hasenbalg hinsichtlich der Bürgschaftsverpflichtung getan hat[77]), auch für den Verpfändungsauftrag die Behauptung aufstellen, die in seiner Ausführung erfolgte Pfandbestellung diene nicht nur dem Sicherungs-, sondern auch dem Erfüllungszweck. Ist aber ein Auftrag inhaltlich so gedacht und von den Parteien in diesem Sinne verstanden, so kann, wenn die Gefahr naherückt, daß sich der Gläubiger aus dem Pfande befriedigen werde, der Besteller vom Auftraggeber nicht verlangen, daß er ihn von der Haftung befreie. Er bleibt diesenfalls auf das Regreßrecht beschränkt, das er durch die Erfüllung erwirbt. Wie nun, wenn man den Inhalt des Auftrages als auf den Sicherungszweck allein gerichtet annimmt, wie wir es im Anschluß an von Tuhr und Kremer für die Bürgschaft angenommen haben[78])? — Da die Rechte des Beauftragten in den Pfandrechtsnormen keine spezielle Regelung erfahren haben, greifen die regelrechtlichen Bestimmungen ein, d. h. der Auftraggeber

---

[75]) Ähnlich für die Bürgschaft Westerkamp II S. 499.
[76]) von Tuhr actio S. 61.
[77]) Hasenbalg S. 694 ff.
[78]) Vergl. Koban S. 91 Anm. 1.

ist gemäß § 670 zum Ersatz, also zur Liberation, verpflichtet, allerdings auch hier nicht sofort, denn es darf auch in diesem Falle nicht die Rede davon sein, daß der zur Interzession Beauftragte alsbald nach auftragsmäßiger Übernahme der Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger den Anspruch aus § 670 geltend machen könnte[79]). Als Zeitpunkt der Fälligkeit des Erstattungsanspruchs ist diesenfalls meines Erachtens im Zweifel der Fälligkeitstermin der persönlichen Forderung anzusehen, denn von diesem Augenblick an ist das Pfand der Gefahr ausgesetzt, zu Befriedigungszwecken verwendet zu werden. Allerdings, die Verpfändung zielt gerade darauf ab, dem Gläubiger die Möglichkeit zu gewähren, sich aus dem fremden Pfandgegenstand bezahlt zu machen, dies ist aber nur der Zweck des zwischen Gläubiger und Pfandbesteller geschlossenen Vertrags, der Inhalt des das interne Verhältnis betreffenden Verpfändungsauftrages, der vom persönlichen Schuldner dem Pfandbesteller erteilt wird, braucht sich aber mit ersterem nicht zu decken und wird es in der Regel auch nicht tun, denn wie beim Verbürgungsauftrag wird auch der Inhalt des Verpfändungsauftrags lediglich dahin gehen, dem persönlichen Schuldner durch die Sicherstellung des Gläubigers Kredit zu verschaffen; in dieser Sicherstellung erschöpft sich der zwischen persönlichem Schuldner und Pfandbesteller geschlossene Vertrag, die Erfüllung soll im internen Verhältnis dem ersteren obliegen. In dem Augenblick nun, wo die Erfüllung vorzunehmen ist, hat die Kreditabrede zwischen persönlichem Schuldner und Pfandbesteller ihren Zweck erfüllt, letzterer kann nunmehr

---

[79]) Entsprechend für die Bürgschaft Westerkamp II S. 494.

verlangen, daß er von der Pfandhaftung befreit werde, der Anspruch aus § 670 ist fällig.

Diese inhaltliche Gestaltung des Auftragsvertrages entspricht meines Erachtens am meisten dem Rechtsgefühl und den Intentionen der Parteien, entspricht auch der Auffassung, der wir uns hinsichtlich des Verbürgungsauftrages angeschlossen haben; schließlich läßt sich m. E. auch aus dem Gesetz selbst ein kleines Argument für die Begründetheit der vertretenen Ansicht entnehmen: wäre das Pfand von vornherein ausschließlich zu Erfüllungszwecken bestellt, so könnte der Besteller an dessen weiterem Schicksal nur wenig Interesse mehr haben; er würde sich mit dem aus der Realisation der Pfandhaftung erlangten Überschuß begnügen und sich im übrigen an den persönlichen Schuldner halten. Nun bestimmt aber z. B. § 1234, daß der Pfandgläubiger dem Eigentümer den Pfandverkauf grundsätzlich vorher anzudrohen hat; Grund dieser Bestimmung: es soll dem Eigentümer Gelegenheit gegeben werden, die Sache auszulösen[80]). Damit aber ist der Tatsache Rechnung getragen, daß der Eigentümer regelmäßig ein Interesse daran hat, das Pfandobjekt zu behalten. Ist nun dieses Interesse und mit ihm die primäre Sicherungsfunktion des Pfandes schon im Verhältnis von Gläubiger zu Eigentümer berücksichtigt, so wird man nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß dementsprechend auch im internen Verhältnis der Gedanke der Sicherung vorherrscht. Da fernerhin der Beauftragte nach Auftragsrecht grundsätzlich nicht verpflichtet ist, in Ausführung des Auftrags Aufwendungen aus eigenen Mitteln zu machen, so muß er eben, wenn wir, wozu uns das Vorhandensein des § 1234 berechtigt, annehmen, daß er in der Regel des

---

[80]) Wolff S. 600.

Pfandes nicht verlustig gehen, mithin nur sichern will, vorausgesetzt, daß dieser Wille auch im Auftragsvertrage ausdrücklich oder in konkludenter Weise zum Ausdruck gekommen ist — was regelmäßig der Fall sein wird — aus §§ 669, 670 berechtigt sein, Befreiung des Pfandes von der Haftung oder Vorschuß zu dessen Einlösung zu verlangen. Entsprechendes läßt sich im Hinblick auf die §§ 1141, 1142 für das Immobiliarpfandrecht sagen. —

Für den Bürgen gelten also die im § 775 aufgestellten Grundsätze, für den Pfandbesteller reine Auftragsnormen. Nun wird § 775 häufig im ganzen als Einschränkung der Rechte des Bürgen gegenüber den Rechten anderer Beauftragter bezeichnet[81]), so daß es den Anschein hat, als wäre der Bürge grundsätzlich schlechter gestellt als der Verpfänder. Allein, man wird mit Westerkamp[82]) behaupten müssen, daß lediglich Z. 3 u. 4 des genannten Paragraphen eine Einschränkung darstellen; durch Z. 1 u. 2 hingegen sind die Rechte des Bürgen zweifellos erweitert. Treffend führt Westerkamp[83]) zu diesem Punkte folgendes aus: „...es bedurfte seiner (d. h. des § 775) aber nicht, um die sofortige Geltendmachung der gewöhnlichen Rechte aus Auftrag beim Auftrag zur Übernahme der Bürgschaft auszuschließen, denn, wie zuvor erwähnt, liegt schon in der Natur der in Auftrag gegebenen Geschäftsbesorgung eine Kreditierung des Bürgen an den Hauptschuldner nach Maßgabe der Fälligkeitsbedingungen der Hauptverbindlichkeit. Gegenüber dem danach für Auflösung des Auftragsverhältnisses maßgebenden Zeitpunkt gewähren die Ziffern 1 u. 2 des § 775 ein Privileg, kraft dessen möglicherweise früher als nach Auftragsrecht Befreiung von der ein-

---

[81]), [82]), [83]) Westerkamp II S. 498 ff.

gegangenen Verbindlichkeit, hilfsweise nach § 257 Sicherheitsleistung und unter der weiteren Voraussetzung, daß bereits Zahlung vom Bürgen verlangt ist, auch Vorschußleistung verlangt werden kann.

Die Bestimmungen des § 775 Z. 3 u. 4 enthalten dagegen eine Einschränkung der Rechte des zur Übernahme der Bürgschaft Beauftragten gegenüber den Rechten anderer Beauftragter. Nach Auftragsrecht braucht der Beauftragte niemals in Vorschuß zu gehen; „er ist außer Verantwortung, wenn er nicht handelt, weil er einen notwendigen Vorschuß vom Auftraggeber nicht erhält" (Motive II S. 540). Auch beim Auftrag zur Verbürgung bringt die Nichteinlösung der Hauptverbindlichkeit keine besondere Verantwortung des Bürgen gegenüber seinem Auftraggeber mit sich. Die tatsächlichen Verhältnisse aber lassen es angebracht erscheinen, daß der Bürge, um sich vor weiterem Schaden zu bewahren, mit Eintritt der Fälligkeit für Erfüllung der Verbindlichkeit Sorge trägt. Vorschuß zu dieser nach den Verhältnissen erforderlichen Aufwendung kann er aber von seinem Auftraggeber, dem Hauptschuldner, nicht verlangen und ebensowenig hat er ein Recht auf Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit. Er hat vielmehr beide Rechte erst unter den Voraussetzungen des § 775 ....".

Somit ist klargestellt, daß der Bürge auf Grund von § 775 Z. 1 u. 2 erheblich weitere Rechte genießt als der Verpfänder, ist doch seine Verpflichtung geradezu unter die clausula rebus sic stantibus gestellt; ebenso sicher aber ist aus dieser Gegenüberstellung zu entnehmen, daß er durch Z. 3 u. 4 schlechter gestellt ist als letzterer, — vorausgesetzt, daß wir von dem Standpunkt ausgehen, daß die durch Annahme des Verpfändungsauftrages übernommene Leistung lediglich in der Erwirkung oder Erhaltung

des Kredits des Auftraggebers durch Sicherstellung besteht; vertritt man hingegen die von uns zurückgewiesene, aber mögliche Ansicht — in der Literatur ist das Kausalverhältnis hinsichtlich der Pfandbestellung, soweit ich sehe, überhaupt noch nicht behandelt worden —, nach welcher der interne Vertrag zwischen persönlichem Schuldner und Verpfänder von vornherein gerade darauf abzielt, dem Gläubiger ein Vermögensstück zu Befriedigungszwecken zu übertragen, so daß der Auftrag faktisch dahin lautet, den persönlichen Schuldner zu befreien, nicht aber nur ihm Kredit zu erwirken, dann allerdings kann von einem Anspruch auf Befreiung des Pfandobjektes von der Haftung zur Zeit der Fälligkeit der Forderung nicht die Rede sein, denn diesenfalls entspricht es ja auch dem internen Vertrag, daß der Gläubiger sich aus dem Pfand bezahlt machen darf.

Damit sind auch die internen Verhältnisse klargestellt, wir gehen nunmehr dazu über, die Beziehungen zu vergleichen, die sich daraus ergeben, daß mehrere Verpfänder resp. Bürgen für dieselbe Schuld interzediert haben.

§ 5. Mehrere Verpfänder, mehrere Bürgen.

Auch hier ist das Außenverhältnis zum Gläubiger vom Innenverhältnis der Interzedenten untereinander streng zu scheiden. Für das erstere sind die einschlägigen Bestimmungen die §§ 1222, 1132 und 769. Sowohl für Mobiliar- als Immobiliarpfandrecht gilt der Grundsatz: jede Sache haftet für die ganze Forderung, d. h. der Gläubiger kann sich nach seiner Wahl aus jedem Pfandobjekt ganz oder z. T. befriedigen. — Im einzelnen bestehen einige feinere Unterschiede zwischen Gesamtpfandrecht i. e. S. und Ge-

samthypothek, die hier aber ohne Bedenken übergangen werden können. —

Was das Bürgschaftsrecht betrifft, so bestimmt § 769: Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen, d. h. aber nach § 421, daß der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile zu fordern berechtigt ist.

In dieser Hinsicht ist also eine Ähnlichkeit zwischen Pfandrecht im objektiven Sinne und Bürgschaftsrecht nicht zu verkennen, in beiden ist das beneficium divisionis ausgeschlossen.

Was das zwischen mehreren Interzedenten bestehende Innenverhältnis betrifft, so nehmen wir zweckmäßigerweise den Ausgang vom Bürgschaftsrecht. Wir hatten anläßlich der Untersuchung der den Regreß betreffenden Bestimmungen festgestellt, daß gemäß § 774 I die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übergeht[1]), soweit dieser den Gläubiger befriedigt. Mit dem Übergang der Forderung aber gehen nach §§ 401, I, 412 auch die für sie bestellten Hypotheken und Pfandrechte sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. Danach würde also der zahlende Bürge in vollem Umfang Regreß gegen seine Mitbürgen nehmen können. Wie nun aber das Gesetz die Beziehungen der Mitbürgen zum Gläubiger in § 769 als Gesamtschuldverhältnis gestaltet hat, so hat es in § 774 II auch hinsichtlich des internen Verhältnisses der Mitbürgen die für das Gesamtschuldverhältnis geltenden Regeln für an-

[1]) Wir behalten die Ausdrucksweise des Gesetzes der Einfachheit halber bei, ohne der von uns vertretenen Theorie betreffs des „Forderungsüberganges“ untreu zu werden.

wendbar erklärt. „Mitbürgen haften einander nur nach § 426", d. h. sie sind im Verhältnis zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet; mithin kann der zahlende Bürge trotz der erworbenen Forderung gegen die übrigen nicht auf den Gesamtbetrag vorgehen, sondern gegen jeden nur auf einen Kopfteil.

Was das Fahrnispfand anbetrifft, so finden gemäß § 1225 die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 entsprechende Anwendung. Was diese Vorschrift besagen will, darüber streitet man. Einige nehmen an, es sei ein Redaktionsversehen bei der Herstellung des Gesetzes unterlaufen, andere bestreiten diese Auffassung und halten eine persönliche Ausgleichungspflicht für vorliegend, wieder andere halten eine persönliche Ausgleichungspflicht des Verpfänders für begrifflich ausgeschlossen, kurz, alle Ansichten, die überhaupt denkbar sind, haben ihre Vertreter gefunden, insbesondere haben sich zahlreiche Inauguraldissertationen dieser Materie bemächtigt. Anläßlich der Durchführung unserer Vergleichsaufgabe wollen wir einige kritische Bemerkungen nicht unterlassen.

Koban S. 199 behauptet: „Die Fassung: mehrere Verpfänder haften einander nur nach § 426, ist ausgeschlossen; denn die Verpfänder haften persönlich überhaupt nicht. Eben deshalb kann ihnen gegeneinander auch der im § 774 II (§ 426 I) den Mitbürgen gewährte selbständige, obligatorische Ausgleichungsanspruch nicht zuerkannt werden. Der zweite Absatz des § 774 kann in seiner „entsprechenden Anwendung" nur lauten: mehrere Pfänder haften einander nur nach § 426".

Nun ist gewiß richtig, daß die Verpfänder dem Gläubiger nicht persönlich verpflichtet sind, ebenso sicher aber ist, daß die Pfänder einander nicht haften können, kann doch ein Pfand nach unserer

Auffassung des Haftungsbegriffes nur einem Gläubiger, also einer Person haften. Wir haben aber ferner gesehen, daß das Gesetz den Ausdruck Haftung auch dort gebraucht, wo das Wort Verpflichtung eigentlich korrektermaßen gebraucht werden[2]) müßte; die Fassung: mehrere Verpfänder haften einander nur nach § 426, könnte daher einer Betrachtung vom sprachtechnischen Gesichtspunkt aus sicher standhalten. Wenn nun Kobans Behauptung dahingeht, dem Pfandrecht als dinglichem Recht widersprächen obligatorische Beziehungen, so ist das wiederum nicht richtig, man denke nur an die Verwahrungs-, Anzeige-, Sicherstellungs- und Auswechslungspflicht des Pfandgläubigers. Warum sollten also nicht auch zwischen den verschiedenen Verpfändern gewisse obligatorische Bande möglich sein, wodurch sie zu einander in ein ähnliches Verhältnis treten, wie es zwischen Gesamtschuldnern und Mitbürgen besteht? Allerdings nur ein ähnliches, nicht dasselbe Verhältnis, wie Wolff S. 573 anzunehmen scheint, denn diesenfalls würde der dinglichen Eigenart des Pfandrechts nicht gebührend Rechnung getragen; vor allem aber schreibt auch das Gesetz selbst vor, daß die Vorschriften des § 774 nur entsprechende Anwendung finden sollen. Diese entsprechende Anwendung kann, wenn anders die pfandrechtlichen Prinzipien nicht beiseite gedrückt werden sollen, nur in dem Sinne verstanden werden, wie er sich aus folgender Erwägung ergibt: hat einer der Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt, so geht zunächst einmal die Forderung gegen den persönlichen Schuldner auf ihn über; damit aber auch die für sie bestellten Sicherheiten. Zahlt also der persönliche Schuldner nicht, so kann der Drittverpfänder, der die Forderung er-

[2]) Vergl. Enneccerus I 2 S. 7 ff.

worben hat, sich die Pfandrechte zunutze machen. Bestünden nun die Vorschriften der §§ 1225 S. 2, 774 II nicht, so könnte er sich bezahlt machen, aus welchem Pfande er wollte. Soll aber die Vorschrift des § 774 entsprechende Anwendung finden, so kann, da aus der Pfandbestellung von vornherein eine persönliche Leistungspflicht, wie wir bei Beginn unserer Ausführungen darlegten, nicht hergeleitet werden darf, eine nachträglich, gegenüber dem zahlenden Drittverpfänder, entstehende aber deshalb nicht anzunehmen ist, weil § 774 nur entsprechend, d. h. soweit es die pfandrechtlichen Grundsätze gestatten, anzuwenden ist, wenn der Schaden anteilsmäßig getragen werden soll, dies nur in der Weise geschehen, daß man dem weitergreifenden Drittverpfänder lediglich gestattet, die anderen Pfänder für einen Teil der Forderung in Anspruch zu nehmen. Da stellt sich dann aber gleich wieder die Frage ein, für welchen Teil der Forderung jedes Pfandobjekt dem Zugriff des Drittverpfänders unterliegt; selbstverständlich herrscht auch darüber lebhafter Streit: bald soll Teilung nach Köpfen stattfinden, bald Teilung nach der Zahl der Pfänder, bald nach dem Wert der Pfandsachen, — wir sehen, daß auch in dieser Hinsicht alle Ansichten, die überhaupt denkbar sind, vertreten werden bezw. worden sind. Alle aber — und das ist für den Vergleich das wichtigste — erstreben eine möglichst gleichmäßige Verteilung des Schadens auf alle Belasteten, und zwar eine Verteilung kraft Gesetzes, wie sie auch für das Bürgschaftsrecht besteht. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, würde hierin also eine Ähnlichkeit der beiden Institute zu konstatieren sein, während wir gerade zum entgegengesetzten Ergebnis gelangen müssen, wenn wir zu denen halten, die die Fassung des § 1225 S. II als aus einem Redaktionsversehen heraus entstanden er-

klären[3]). Ist man der Ansicht, daß nur der 1. Absatz des § 774 entsprechend angewendet werden darf und kann, so fehlt im Pfandrecht eine den Ausgleichungsanspruch zwischen mehreren Verpfändern regelnde Vorschrift. Die Pfandbelasteten stehen demnach als solche in keiner Rechtsbeziehung zu einander. Besteht zwischen ihnen ein besonderes Rechtsverhältnis (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Gesamtschuld, Bürgschaft, Gesellschaft, Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft), so bestimmt sich nach diesem Verhältnis die Frage, ob und inwiefern der eine, wenn seine Sache in Anspruch genommen wird, von den anderen Ausgleichung verlangen kann[4]). Besteht ein solches Rechtsverhältnis nicht, so besteht auch keine Ausgleichungspflicht. Nun wird sich ja de facto in der Regel ein befriedigendes Resultat ergeben, gerade weil Rechtsbeziehungen der Art, wie wir sie eben aufgezählt haben, sich meist vorfinden bezw. konstruieren lassen, indessen, vom dogmatischen Standpunkt aus betrachtet, sind Fälle denkbar, in denen das Rechtsgefühl eine andere Entscheidung verlangt, als die, die sich auf Grund der dargelegten Ansicht ergeben würde. Nimmt man nämlich an, daß anteilsmäßiger Ausgleich aus irgend welchen Gründen nicht stattfinden kann, so erhält der zahlende Verpfänder die Pfänder der übrigen noch außer ihm vorhandenen Verpfänder und hält sich an ihnen schadlos. „Die Folge davon wäre ein Wettrennen der vorhandenen

---

[3]) Endemann S. 932 Anm. 12, früher Biermann (1903) zu § 1225.

[4]) So Kisch IX, 11, der die für das Hypothekenrecht in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze auch für das Mobiliarpfandrecht gelten lassen will, ebenso meines Wissens von Tuhr, ferner Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1225 und Fischer-Henle zu § 1225.

Drittverpfänder zum Gläubiger behufs Einlösung ihrer Pfänder, sobald der Hauptschuldner nicht zahlen kann[5])." Indessen — es kann unsere Aufgabe nicht sein, eine größere Kritik der Meinungen zu geben. Folgt man der zuletzt angegebenen, deren Existenzberechtigung übrigens nicht in Frage gestellt werden kann, so haben wir zwischen Bürgschaft und Pfandbestellung eine Ähnlichkeit weniger, statt dessen aber nähern sich Mobiliar- und Grundstückspfandrecht einander um so mehr und lassen sich einheitlich der Bürgschaft gegenüberstellen.

Was nämlich das Hypothekenrecht anbetrifft, so begründet die Tatsache, daß mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer hypothekarisch haften, keine Ersatzpflicht: die Gesamthypothek ist, um Dernburgs Ausdruck zu gebrauchen, als „an sich regreßlose" Hypothek ausgestaltet[6]); ob und in welcher Höhe der Eigentümer des zur Befriedigung herangezogenen Grundstücks einen Ersatzanspruch gegen einen der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger hat, entscheidet sich daher lediglich aus dem zwischen den Eigentümern etwa bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse[7]). Das alles ergibt sich daraus, daß § 1143 nur den Absatz 1 des § 774 für entsprechend anwendbar erklärt, für den Fall des Vorliegens einer Gesamthypothek aber auf § 1173 verweist, der in seinem zweiten Absatz den Hypothekenübergang ausdrücklich davon abhängig macht, daß der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder seinem Rechtsvorgänger Ersatz

---

[5]) Wandel S. 32.

[6]) Zustimmend die meisten, anderer Ansicht Fritz Schulz S. 71.

[7]) Wolff S. 533.

verlangen kann. Das wird faktisch zwar meist der Fall sein, und „es werden kaum Fälle vorkommen, in denen nicht unter den Eigentümern oder deren (Singular- oder Universal-) Rechtsvorgängern das Ausgleichsverhältnis schuldrechtlich geregelt wäre[8]). Aber darin besteht gerade der Unterschied gegenüber dem Bürgschaftsrecht, daß eine Ausgleichspflicht kraft Gesetzes nur im letzteren konstituiert ist — vorausgesetzt, daß wir für das Mobiliarpfandrecht den 2. Absatz des § 774 nicht entsprechend gelten lassen.

§ 6. Beendigung der Wirkungen von Pfandbestellung und Bürgschaft.

Der Erlöschungsgründe von Pfandhaftung und Bürgschaftsverpflichtung gibt es viele, aber wenige, die unserer Aufgabe interessanten Stoff böten. Zum ersten finden sie sich zum großen Teil auch bei anderen dinglichen und obligatorischen Rechtsbeziehungen, zum zweiten finden wir innerhalb der einzelnen Pfandrechtsarten selbst zahlreiche, meist in der Eigenartigkeit des Grundstücksrechts begründete Verschiedenheiten, die eher einen Vergleich des Fahrnispfandes und der Bürgschaft einerseits mit dem Grundstückspfand anderseits rechtfertigen könnten als den zwischen dem gesamten Pfandrecht und der Bürgschaft. Vollständig aus dem Rahmen unserer Betrachtung heraus fallen daher z. B. Beendigungsgründe wie Pfandverkauf, Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung, Untergang der Pfandsache oder des Hypothekenobjekts, Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten oder Grundstückserwerb durch jemand, der die

[8]) Wolff S. 533 Anm. 19.

Existenz der zu Unrecht gelöschten Hypothek nicht kennt, Tabularversitzung, Enteignung, Rückgabe der Pfandsache, sämtlich Gründe, die sich im Bürgschaftsrecht als einem Inbegriff schuldrechtlicher Normen nicht finden können. Weiterhin bildet das Erlöschen der Forderung zwar für Fahrnispfandrecht und Bürgschaft einen Beendigungsgrund, wobei gleichgültig ist, auf welche Weise die Forderung erlischt — auch die durch Verschulden des Pfandbestellers bezw. Bürgen herbeigeführte Erfüllungsunmöglichkeit hebt Pfandrecht und Bürgschaft auf[1]) —, nicht aber für die Hypothek — „erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek", § 1163 I S. 2[2]). — Was die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Pfandhaftung bezw. Bürgenverpflichtung betrifft, so ergibt sich hier gerade die umgekehrte Konstellation. Zur Aufhebung des Fahrnispfandrechts genügt die einseitige Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufgebe (§ 1255 I), während sowohl für die Aufhebung der Hypothek als der Bürgenverpflichtung die Zustimmung des Eigentümers (§ 1183) — im Falle einseitigen Verzichts entsteht Eigentümerhypothek (§ 1168 I) — bezw. Bürgen erforderlich ist[3]).

---

[1]) Demelius S. 118; nach den Motiven II S. 666 haftet der Bürge nur „nach allgemeinen Vorschriften über die Vertretung unerlaubter Handlungen"; Crome § 298 I S. 887; Planck § 765 Anm. 8b; Matthiaß S. 576; Kipp § 477 S. 1089/90; Goering S. 51. Anderer Ansicht Oertmann Anm. 2b zu § 767.

[2]) Sie verwandelt sich allerdings gemäß § 1177 in eine Grundschuld, bildet aber auch weiterhin eine Belastung des Pfandobjekts, während Fahrnis und Bürge frei werden!

[3]) Fischer-Henle zu § 397: „Der Verzicht innerhalb der Rechte der Schuldverhältnisse bedarf der Annahme". Vergl. RGE. Band 72 S. 171.

Wiederum der ersten Konstellation entsprechend ist die Konfusion geregelt: vereinigen sich Mobiliarpfandrecht und Eigentum in einer Person, so wird ersteres grundsätzlich beendigt, § 1256 I S. 1; allerdings ist die Regel von wichtigen Ausnahmen durchbrochen. Was das Grundstückspfandrecht angeht, so bestimmt § 889 ausdrücklich, daß ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Der Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum entspricht im Bürgschaftsrecht das Zusammentreffen der Rollen von Gläubiger und Bürgen, also die Vereinigung von Forderung und (Bürgschafts-) Schuld. In diesem Falle findet die Bürgenverpflichtung wie jede andere Schuld grundsätzlich ihr Ende. Schließlich ist noch ein Beendigungsgrund zu nennen, der für Pfandrecht und Bürgschaft in gleicher Weise besteht, nicht aber für die Hypothek. Wird nämlich bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht. Ebenso soll nach herrschender Lehre die bei Zession der Hauptforderung zurückbehaltene Forderung gegen den Bürgen erlöschen[4]). Im Gegensatz dazu kann die Forderung, die durch eine Hypothek gesichert ist, ohne diese überhaupt nicht übertragen werden (§ 1153).

Bis dahin ist uns also recht unfruchtbarer Stoff beschert gewesen; eine dem Thema entsprechende Gegenüberstellung von Pfandrecht und Bürgschaft ist nur in einer geringen Zahl von Fällen möglich. Zunächst zu vergleichen ist der Fall, daß die Pfandhaftung bezw. Bürgenverpflichtung nur auf bestimmte Zeit eingegangen ist. Tritt der Endtermin ein, so er-

[4]) Vergl. von Tuhr I S. 234—35.

löschen Fahrnis- und Grundstückspfandrecht ohne weiteres[5]), für die Bürgschaft hingegen enthält § 777 eine Sondervorschrift, und zwar eine Vorschrift, die den Bürgengläubiger insofern besser stellt als den Pfandgläubiger, als ersterer außer der vertraglichen Dauer seines Anspruchs gegen den Bürgen noch eine gewisse Nachfrist bekommt[6]): der Gläubiger kann die mit Ablauf der bestimmten Zeit an sich von selbst erfolgende Befreiung dadurch verhindern, daß er das Verfahren gegen den Hauptschuldner unverzüglich betreibt bezw. dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme.

Eine weitere, in der Natur der Sache liegende Verschiedenheit ergibt sich beim Vergleich für den Fall, daß die Rollen des persönlichen resp. Hauptschuldners und — sit venia verbo — Pfandschuldners resp. Bürgen durch irgendwelchen rechtlichen Vorgang in einer Person sich vereinigen. Die Pfandhaftung erleidet durch dies Zusammentreffen keine Veränderung, persönliche Schuld und dingliche Haftung stehen, da von verschiedener Intensität, selbständig nebeneinander, ist doch in der Regel persönlicher Schuldner und Verpfänder von vornherein ein und dieselbe Person! Anders, wenn Hauptobligation und Bürgschaftsschuld sich in derselben Person treffen. Schon im gemeinen Recht ging die Bürgschaft grundsätzlich unter, ausgenommen insoweit als sie dem Gläubiger einen größeren Vorteil bot als die Hauptschuld[7]). Das BGB. schweigt sich über diese Frage aus, indessen die Wissenschaft sich mit ihr

---

[5]) Vergl. allerdings RGE. Band 68 S. 145: „Es muß aber anerkannt werden, daß die Beteiligten solcher Abmachung einen anderen Sinn beilegen können!".

[6]) Vergl. Oertmann Bem. 1 zu § 777.

[7]) Dernburg II S. 721.

beschäftigt hat und zu der Ansicht gelangt ist, daß auch nach heutigem Recht durch Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft die letztere insofern aufgehoben wird, als sie nicht dem Gläubiger besondere Vorteile bietet[8]), während, wie wir gesehen haben, Pfandhaftung und persönliche Schuld ohne Beeinträchtigung nebeneinander bestehen können; die einzige Änderung ist die, daß nunmehr — wenigstens soweit eine bewegliche Sache verpfändet ist — die Pfandhaftung der Haftung des übrigen Vermögens des Schuldners gegenüber die primäre ist, die sich darin zeigt, daß er gemäß § 777 ZPO. der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen zu widersprechen befugt ist, soweit die Forderung in dem Wert der Sache Deckung findet.

Der dritte Unterschied ist im § 776 begründet. Danach wird der Bürge, falls der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt, insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz verlangen können — und zwar selbst dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist. Diese dem Gläubiger eine Diligenzpflicht auferlegende Bestimmung sucht in den pfandrechtlichen Normen vergeblich ihresgleichen. Allerdings, man darf die Existenz des § 774 nicht dazu benutzen, eine schlechthin bestehende Diligenzpflicht des Gläubigers zu konstituieren, wie es beispielsweise Marcus[9]) tut. § 776 trifft nur für einzelne bestimmte Fälle Vorsorge zum

---

[8]) Vergl. Enneccerus S. 538, Crome II 2 S. 888, Windscheid II § 480, Matthiaß S. 576 VB.

[9]) Marcus a. a. O.; ebenso die Dissertationen von Seyfferth und Pulvermann.

Schutze des Bürgen gegen willkürliche Verschlechterung seiner Stellung durch den Gläubiger. Dies ist herrschende Meinung; sie kommt schon in den Motiven[10]) zum Ausdruck. Im Gegensatz zum gemeinen Recht kam man bei der Beratung des Entwurfs unseres Gesetzes zu dem Ergebnis, daß eine Diligenzpflicht des Gläubigers zu verneinen sei, unter der Begründung, die Bürgschaft als einseitiger Vertrag erzeuge nur für den Bürgen Pflichten, und es könne auch weder aus der bona fides — Natur der Bürgschaft, noch aus der Einrede der Vorausklage eine Diligenzpflicht hergeleitet werden, wobei zu „beachten sei, daß der Wert der Bürgschaft durch die Imputierung einer solchen Pflicht herabgedrückt, und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen würden", und eine „bestimmte Abgrenzung der Diligenzpflicht nicht angängig sei". Gegen die Verneinung der allgemeinen Diligenzpflicht wurde dann auch in der Beratung der zweiten Kommission „nichts erinnert"[11]). Das Reichsgericht hat Band 65 S. 136 im Sinne der herrschenden Lehre entschieden: „Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch .... hat in bewußtem Gegensatz zu anderen Gesetzgebungen und zu der vorherrschenden gemeinrechtlichen Lehre eine Diligenzpflicht des Gläubigers, beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, grundsätzlich nicht aufgenommen und nur in besonders bestimmten Fällen — § 776 (der Fall des § 777 kommt hierfür nicht in Betracht) — eine Befreiung des Bürgen zufolge Aufgebens gewisser Rechte von seiten des Gläubigers statuiert".

Trotzdem daher eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers richtigerweise zu verneinen ist, ent-

---

[10]) Motive II S. 679.

[11]) Protokolle II S. 481; vergl. Goering S. 86 ff.

hält § 776 doch den pfandrechtlichen Normen gegenüber eine Sondervorschrift von eminenter Wichtigkeit, die den Unterschied von Pfandhaftung und Bürgenverpflichtung in helles Licht stellt.

Schlußbetrachtung: Feststellung des Endergebnisses; seine praktische Verwertung im Gesetz. Das Verhältnis zwischen Drittverpfänder und Bürgen.

Brauchen wir, um das Endergebnis unserer Untersuchungen festzustellen, noch zu fragen, welche Art der Interzession dem Gläubiger nach heutigem Recht stärkere Garantien bietet, Pfandbestellung oder Bürgschaft? — ich glaube nicht; hat doch der Vergleich grundsätzlich die bedeutend günstigere Situation des Bürgen ergeben. Darüber ist man sich in der Literatur ja bisher auch stets einig gewesen, wenngleich die Arbeiten, in denen die Frage entschieden werden mußte, dies Ergebnis teils als selbstverständlich unterstellen, teils mit einigen Schlagworten zu begründen pflegen, ein allgemeiner Vergleich jedoch zwischen Pfandbestellung und Bürgschaft bisher noch nicht durchgeführt wurde. Aber, wie gesagt, das Ergebnis ist nie in Zweifel gestellt worden, und der Gesetzgeber hat es nicht außer acht gelassen; das beweisen besonders folgende drei Bestimmungen des BGB.: einmal § 232 II, wonach die Stellung eines Bürgen zur Sicherheitsleistung nur subsidiär, nämlich dann zulässig ist, wenn die Sicherheit nicht in anderer Weise, insbesondere durch Pfandbestellung geleistet zu werden vermag; außerdem genügt gemäß § 239 II nicht einmal der gesetzliche Regelfall der Bürgen-

verpflichtung, vielmehr muß die Bürgschaftserklärung den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten, ganz abgesehen von den im 1. Absatz des zitierten Paragraphen enthaltenen Kautelen.

Die zweite gesetzliche Bestimmung, die aus demselben Gesichtspunkt heraus geschaffen wurde, ist die des § 273 III: „der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen". Hier ist also im Gegensatz zu der an erster Stelle genannten Vorschrift Bürgenstellung überhaupt nicht zulässig.

Die dritte Bestimmung enthält § 1218, wo von der Auswechslungspflicht des Pfandgläubigers die Rede ist: Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung seines Wertes zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen. Diese Sicherheitsleistung muß aber gleichfalls eine reale sein. „Sie kann in einem anderen Pfandrecht, einer Hypothek, einer Sicherungsübereignung bestehen; dagegen braucht sich der Pfandgläubiger Sicherheitsleistung durch Bürgen nicht gefallen zu lassen[1])."

Damit haben wir den Vergleich beendigt, möchten jedoch noch mit einigen Worten auf eine der bekanntesten Streitfragen des Pfand- und Bürgschaftsrechts eingehen, auf die Frage des Ausgleichungsanspruchs zwischen Drittverpfändern und Bürgen, zum ersten aus dem selbstverständlichen Grunde, weil sie unserem Thema unterfällt, zum zweiten deshalb, weil wir in der Einleitung unserer Arbeit die Behauptung aufstellten, der mittelbare Zweck unseres Vergleichs sei der, zur Lösung von Streitfragen beizutragen, wo pfand- und bürgschaftsrechtliche Grundsätze ein-

[1]) Kisch Vorlesung § 69 S. 21.

ander entgegenstehen. Ein solcher Fall ist hier gegeben.

Nach § 774 „geht" auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, kraft Gesetzes „die Forderung des Gläubigers über"; damit aber auch die für sie bestellten Sicherheiten (§§ 412, 401), also insbesondere Hypotheken, Pfandrechte, Rechte gegen Mitbürgen. Befriedigt anderseits ein Drittverpfänder den Gläubiger, so geht die Forderung mit ihren Sicherungsrechten auf diesen — den Drittverpfänder — über, mag er eine bewegliche Sache verpfändet oder eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt haben (§§ 1225, 1143 I). Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, so ergibt sich für den Fall, daß für ein und dieselbe Schuld gleichzeitig ein Grundstück, ein Fahrnispfand und ein Bürge haften: derjenige, der den Gläubiger an erster Stelle befriedigt, kann sich durch Rückgriff gegen die beiden anderen schadlos halten, da ausdrückliche Bestimmungen über den Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfändern fehlen. Derjenige, dem es gelingt, den Gläubiger zuerst zu befriedigen, ist also in der Lage, die Last auf die anderen abzuwälzen[2]). Dieses Ergebnis hat natürlich Anstoß erregt und es bildeten sich Meinungen, die eine gesetzliche Ausgleichungspflicht unter den mehreren Interzedenten statuieren. Wenn man das Bestehen einer solchen gesetzlichen Ausgleichungspflicht annimmt, so sind folgende Konstruktionen möglich[3]):

1. Der Bürge hat gegenüber dem Grundstücks- und Pfandeigentümer endgültig für die Schuld zu haften. Diese Ansicht wird von niemandem vertreten.

---

[2]) Nach der früheren, jetzt aufgegebenen Ansicht Biermanns (1903) und Endemanns, der die Ansicht jetzt noch vertritt, S. 932 Anm. 12, ist es wirklich so.

[3]) Dähne S. 83.

2. Gegenüber dem Bürgen hat der Grundstücks- oder der Pfandeigentümer die ganze Last zu tragen[4]), und zwar in ihrem Verhältnisse zu einander:

a) das Grundstück allein,
b) das Pfand allein,
c) Grundstück und Pfand anteilig nach § 426[5]).

3. Es findet zwischen dem Bürgen und den Drittverpfändern Ausgleichung wie zwischen den Gesamtschuldnern nach § 426 statt; der Forderungsübergang auf den Befriedigenden erfolgt daher auch nur in Höhe des Ausgleichungsanspruches gegen die anderen Sicherungsverpflichteten[6]).

Welche dieser Ansichten den Vorzug verdient, ist schwer zu sagen, jede hat einen berechtigten Kern, jede bei der Unklarheit des Gesetzes Anspruch auf Beachtung. Eine sichere Entscheidung in dieser Frage ist daher nicht zu gewinnen; „Recht wird diejenige Meinung behalten, der sich dereinst das Reichsgericht anschließen wird[7])". Infolgedessen sehen wir davon ab, an dieser Stelle für die eine oder andere einzutreten, die Anzahl der Arbeiten, speziell der Inauguraldissertationen, die sich mit der Materie beschäftigt haben, ist schon ohnehin recht groß geworden. Nur eine kritische Bemerkung wollen wir anläßlich dieser Frage äußern, eine Bemerkung, die sich bei einer vergleichenden Untersuchung, wie wir sie angestellt haben, nicht unterdrücken läßt und geradezu das praktische Ergebnis des Vergleichs darstellt:

---

[4]) Strohal, Boethke (Gruchot Band 47 S. 857), Lippmann, Kretzschmar, Koban.

[5]) Koban, Kretzschmar.

[6]) Kuhlenbek, Breit (Gruchot Band 48 S. 283 ff.), Bendix, Sellner.

[7]) Biermann/Staudinger Bem. zu § 1225 S. 655.

Auf Grund einer rechtsvergleichenden Betrachtung von Bürgschaft und Pfandrecht kann man ausschließlich die Theorie Strohals und seiner Anhänger als den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Grundsätzen entsprechend bezeichnen. Strohal weist darauf hin, daß das BGB. „sowohl über denjenigen, welcher sich verbürgen will, als auch über den bereits als Bürgen Haftenden seine schützende Hand lege". Er betont, daß die Absicht des Gesetzgebers, dem Bürgen anderen Sicherungspflichtigen gegenüber eine privilegierte Stellung zu verschaffen, einmal in der für die Verbürgung geforderten Form, sodann in der dem Bürgen regelmäßig zustehenden Einrede der Vorausklage, vor allem aber in der Vorschrift des § 776 zum Ausdruck komme. „In dieser Bestimmung hat der dem Bürgschaftsrecht zugrunde liegende Gedanke einer möglichst weitgehenden Sicherung der Bürgschaftshaftung seinen schärfsten Ausdruck gefunden"[8]).

Das ist der Ausgangs- und Grundgedanke der Theorie Strohals. Dem circulus vitiosus, den die Fassung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu schaffen droht, entgeht er infolge der Erkenntnis, daß der Bürge dem Verpfänder gegenüber vom Gesetz bevorzugt ist. Es ergibt sich daher folgende Lösung der Streitfrage:

1. Haftet neben dem Bürgen ein Grundstück, so kann der Bürge jedenfalls gegen das Grundstück Regreß nehmen (§ 774). Kommt hingegen der Grundstückseigentümer mit der Befriedigung zuvor, so kann er gegen den Bürgen vorgehen (§ 1143). Nimmt er nun gegen den Bürgen Regreß, so tritt dieser seinerseits in die Forderung mit ihren Sicherungs-

---

[8]) Rich. Fuchs S. 30.

rechten ein, damit erlangt er aber, weil ja die Hypothek am Grundstück des Eigentümers nicht erloschen ist, die Möglichkeit, schließlich die Last doch auf den letzteren abzuwälzen.

2. Haftet neben dem Bürgen eine bewegliche Sache, so sind zwei Möglichkeiten gegeben:

a) Der Verpfänder will die verpfändete Sache als pfandfreie behalten, dann erlischt gemäß § 1256 I das Pfandrecht. Will er jetzt gegen den Bürgen Regreß nehmen, so kann er gemäß § 776 es nur insoweit tun, als der Bürge aus dem aufgegebenen Pfandrecht nicht hätte Befriedigung erlangen können.

b) Beabsichtigt der Verpfänder bei der Einlösungszahlung von vornherein, sich beim Bürgen schadlos zu halten, so muß er daran denken, dem Bürgen, wenn er ihn in Anspruch nimmt, die Möglichkeit offen zu lassen, in das Pfandrecht einzutreten. Damit aber bringt er sein rechtliches Interesse am Fortbestande des Pfandrechts zum Ausdruck, das Pfandrecht bleibt bestehen und — der Verpfänder ist wiederum der leidende Teil.

In all diesen Fällen also bleibt die Schuld definitiv am Pfande haften.

Nun hat Strohal seine Ansicht, der Bürge sei vom Gesetzgeber besser gestellt worden als der Verpfänder, nur mit den wenigen Argumenten belegt, die wir oben angegeben haben. Um wieviel mehr gewinnt seine Theorie an Festigkeit, wenn wir eine eingehende vergleichende Untersuchung zwischen Pfandbestellung und Bürgschaft vornehmen! Fast durchweg mußten wir konstatieren, daß der Bürge ungleich besser gestellt ist als der Verpfänder, und es ist auch begreiflich, denn, wer bürgt, beteiligt sich an der Haftung für die Forderung mit seiner Person, seinem Vermögen. Wer Pfand bestellt, beteiligt sich daran nur mit einem — mehr oder minder wertvollen —

einzelnen Vermögensstück“[9]). Von diesem Standpunkt aus betrachtet, hat das geltende Recht dem altdeutschen Recht gegenüber einen so gewaltigen Fortschritt gemacht, daß uns die bekannte Parömie: „Den Bürgen muß man würgen“ im Hinblick auf die Stellung des Verpfänders heute gänzlich unberechtigt erscheint.

---

[9]) Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1225.

Lebenslauf.

Ich wurde am 18. November 1893 als Sohn des Oberbahnassistenten Johannes Thiel und seiner Ehefrau Auguste, geb. Andersen, zu Straßburg i. Els. geboren und im evangelischen Glauben erzogen. Meine Schulausbildung genoß ich auf dem Gymnasium in Gebweiler (Oberelsaß), das ich im Herbst 1911 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte in Straßburg und Kiel Rechts- und Staatswissenschaften; für die Richtung meiner Studien wurden die Herren Professoren Kisch, Max Ernst Mayer, Rehm und von Tuhr von bestimmendem Einfluß. Am 27. Juli 1916 bestand ich die erste juristische Prüfung und wurde am 9. August desselben Jahres zum Referendar ernannt. Das Doktorexamen legte ich am 22. September 1916 ab und bestand es mit der Note summa cum laude.